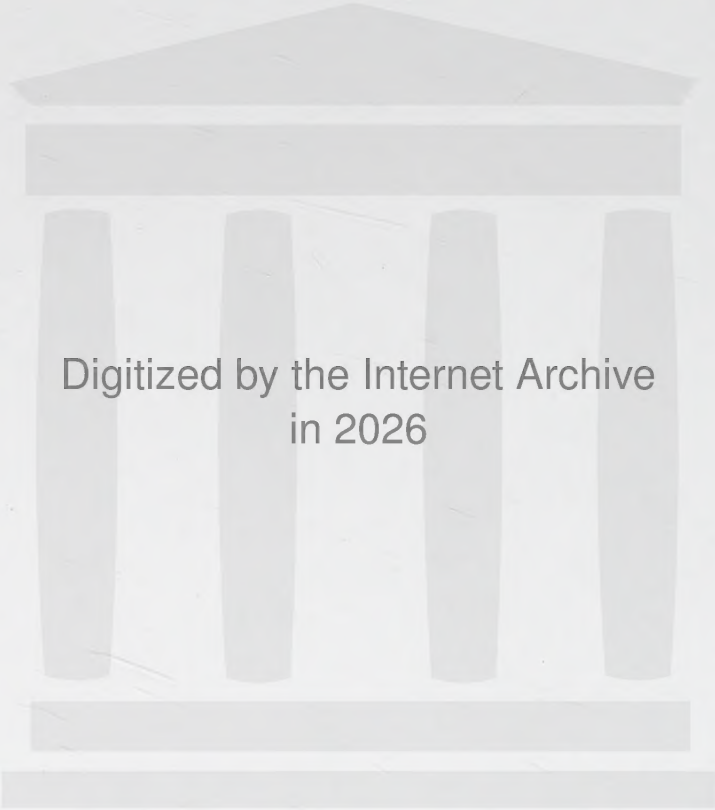


Öffentliches und privates Recht
bei den Sondernutzungen nach dem
Bayerischen Straßen- und Wegegesetz

von
Gerhard Beißwanger
aus
Nürnberg

1970 W 441



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546218_0013

Öffentliches und privates Recht bei den Sondernutzungen nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt
von
Gerhard Beißwanger
aus
Nürnberg

Öffentliches und privates Recht
bei den Sonderleistungen nach dem
bayerischen Straßen- und Wegegesetz



Referent: Professor Dr. Alfred Voigt

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juli 1970

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XII
 <u>E I N L E I T U N G .</u>	 1
 <u>E R S T E R H A U P T T E I L :</u>	
 <u>GRUNDSÄTZE DES RECHTS DER BENUTZUNG ÖFFENTLICHER WEGE.</u>	 3
 E r s t e s K a p i t e l :	
Der wegerechtliche Dualismus und seine Wand- lungen bis zum Erlaß des StrWG.	4
I. Der Dualismus im ursprünglichen Sinn.	5
II. Der Dualismus neuerer Prägung.	11
1.) Einschränkung des Gemeingebräuches.	11
2.) Verstärkte Überwachung der Straßenbe- nutzung.	14
3.) Die Bedeutung des Wegeeigentums unter der Vorherrschaft des öffentlichen Rechts.	16
4.) Zusammenfassung.	24
 Z w e i t e s K a p i t e l :	
Der Unterschied zwischen der Sondernutzung nach öffentlichem Recht und der nach bürgerlichem Recht.	26
I. Das Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung.	26
II. Die rechtliche Verankerung der Sondernutzung nach bürgerlichem Recht.	31
1.) Das bayerische Recht.	31
2.) Die Lehre Schacks.	34
3.) Die Regelung des Bundesfernstraßengesetzes.	36
III. Der Herr der Sondernutzung nach bürgerlichem Recht.	41
IV. Schlußfolgerungen.	46

D r i t t e s K a p i t e l :

Kritische Betrachtung der Abgrenzung zwischen beiden Sondernutzungsarten. 50

- I. Abweichende Regelung einzelner Gruppen von Sondernutzungen. 50
- II. Die Gemeinverträglichkeit, Begriff und Inhalt. 51
 - 1.) Die Gemeinverträglichkeit als wegerechtliches Prinzip. 51
 - 2.) Die praktische Anwendung des Begriffes. 53
 - 3.) Die Ermittlung der Gemeinverträglichkeit im Einzelfall. 55
 - a) Beeinträchtigende Eigenschaften des Gemeingebrauches. 55
 - b) Potentielle Beeinträchtigungen. 58
 - c) Mittelbare Beeinträchtigungen. 59
 - d) Hinweise in Gesetzen. 61
 - 4.) Ergebnis. 61

V i e r t e s K a p i t e l :

Die Unterscheidung der Straßennutzungen nach ihrer Bezogenheit zur Funktion einer Straße. 62

Abschnitt A:

Die theoretischen Grundlagen. 62

- I. Die zwei Elemente der Öffentlichkeit eines Weges. 62
 - 1.) Die Widmung. 62
 - 2.) Die Straße als tatsächliches Gebilde mit besonderen öffentlichen Funktionen. 63
 - 3.) Folgerungen. 65

- II. Rechtliche Qualifikation der Wegefunktionen im besonderen. 67

Abschnitt B:

Folgerungen für die Bestimmung des Rechtscharakters von Straßennutzungen. 77

- I. Die Unterscheidung der öffentlichrechtlichen Sondernutzungen von den bürgerlichrechtlichen nach ihrer positiven Funktionsbezogenheit. 77

	Seite
1.) Die Durchführung der Unterscheidung.	77
2.) Kontrolle des Ergebnisses.	81
3.) Die Rechtsstellung des Wegeeigentümers.	82
II. Die negative Funktionsbezogenheit - Bedeutung der Gemeinverträglichkeit im Rahmen dieser Unter- scheidung.	82
III. Das Verhältnis dieser These zu den anderen Sondernutzungstheorien.	85
1.) Das Verhältnis zur bayerischen Rechtstradi- tion und zur Theorie des Reichsgerichts.	85
2.) Das Verhältnis zur Lehre Schacks.	86
3.) Das Verhältnis zur Lehre von Hardinghaus.	87
IV. Praktische Beispiele.	87

Z W E I T E R H A U P T T E I L :

EINZELNE BENUTZUNGSARTEN. 89

E r s t e s K a p i t e l :

Das Recht der Energieversorgungsleitungen. 89

Abschnitt A:

Das Benutzungsverhältnis. 89

I. Die gesetzliche Regelung. 89

1.) Notwendigkeit einer bürgerlichrechtlichen
Regelung. 91

2.) Gefahren einer bürgerlichrechtlichen Regelung. 92

II. Neuere Tendenzen des Wegerechts und die Versorgungs- leitungen. 95

1.) Die Erweiterung der Zweckbestimmung öffentlicher
Straßen. 96

2.) Die Ausweitung des Begriffes Verkehr. 98

a) Verkehr als Straßenverkehr. 98

b) Verkehr als Leitungsverkehr. 99

3.) Die Straßennutzung zu Versorgungszwecken unter
Berücksichtigung der Funktionsbezogenheit der
Versorgungsleitungen. 100

	Seite
a) Die Notwendigkeit der Verlegung von Versorgungsleitungen in den Straßengrund aus tatsächlichen Gründen.	101
b) Die Notwendigkeit der Verlegung von Versorgungsleitungen in den Straßengrund aus rechtlichen Gründen.	102
aa) Vermeidung einer Vielzahl von Gestattungsverträgen.	102
bb) Versorgungsleitungen "für" die Straße als deren Zubehör.	102
c) Folgerungen.	103
Abschnitt B:	
Das Benutzungsentgelt.	104
I. Die derzeitige Rechtslage.	104
1.) Die Regelung der KAE.	105
2.) Kritik dieser Regelung.	105
II. Die Zuordnung des Benutzungsentgeltes zum öffentlichen Recht.	109
Z w e i t e s K a p i t e l :	
Die Dauernutzung.	113
I. Das Problem.	113
II. Versuch einer Lösung des Problems.	116
1.) Einziehung der beanspruchten Wegefläche?	116
2.) Auffassungen in der Literatur.	118
a) Dauerrecht kraft Gewohnheitsrechts?	119
b) Dauerrecht kraft bürgerlichen Rechts?	120
c) Dauerrecht kraft öffentlichrechtlichen Vertrages?	121
3.) Der Ausweg des Art. 50 Satz 1 StrWG.	121
III. Die Rechtsnatur der Dauernutzung.	122
D r i t t e s K a p i t e l :	
Abweichende Regelungen für Gemeindestraßen durch Satzung.	124
I. Das Problem.	124
II. Die Grenzen gemeindlicher Gestaltungsfreiheit.	125
1.) Das Verhältnis von Art. 50 StrWG zu Art. 23 und 24 GO.	125

	Seite
a) Die materiellen Unterschiede zu den gemeindlichen Einrichtungen i. S. des Art. 24 GO.	126
b) Das rechtstechnische Verhältnis von Art. 50 StrWG zu Art. 23 und 24 GO.	127
2.) Folgerungen für den Umfang gemeindlicher Satzungsbefugnis.	128
a) Die Abgrenzung zwischen Gemeingebruch und Sondernutzung.	128
b) Einschränkungen aus dem Rechtscharakter einer Gemeindestraße als öffentliche Sache im Gemeingebruch.	129
c) Zwischenergebnis.	132
3.) Einschränkungen der gemeindlichen Satzungs- befugnis aus anderen Gründen.	133
a) Einschränkung aus fiskalischen Gründen.	133
b) Einschränkung aus sicherheitsrecht- lichen Gründen.	134
c) Die Einschränkung aus Art. 50 Satz 2 StrWG.	134
III. Ausweitung der gemeindlichen Gestaltungsbefugnis.	136
1.) Für Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen.	136
2.) Für Ortsdurchfahrten der Staats- und Kreis- straßen.	137
3.) Für die sonstigen öffentlichen Straßen.	137
IV. Gemeindliche Satzungsbefugnis und die Abgrenzung der Sondernutzungen nach ihrer Funktionsbezogen- heit.	138
 V i e r t e s K a p i t e l :	
Die Zufahrt.	139
I. Die Einordnung der Zufahrt in das gesetzliche System von Gemeingebruch und Sondernutzung.	139
1.) Die Zufahrt als Gemeingebruch oder Sonder- nutzung.	139
2.) Öffentlichrechtlicher oder privatrecht- licher Charakter der Sondernutzung.	141
II. Das "Recht" auf Zufahrt.	142
1.) Die Regelung des StrWG.	142
2.) Das Recht auf Zufahrt aus dem Anlieger- rechtsverhältnis.	143
3.) Umfang des Rechts auf Zufahrt.	148
4.) Das Recht auf Zufahrt nach bürgerlichem Recht.	148

Fünftes Kapitel :

Die sonstigen öffentlichen Straßen.	151
I. Der Begriff der sonstigen öffentlichen Straße.	151
II. Die Rechtsverhältnisse an sonstigen öffentlichen Straßen.	152
1.) Die sonstigen öffentlichen Straßen als öffentliche Straßen.	152
2.) Das Eigentum an sonstigen öffentlichen Straßen.	155
3.) Benutzungsverhältnisse an sonstigen öffentlichen Straßen.	156
III. Kritik der gesetzlichen Regelung.	157
1.) Die bürgerlichrechtliche Regelung des Benutzungsverhältnisses.	157
2.) Komplikationen bei der Aufstufung.	158
a) Identität von bisherigem und jetzigem Träger der Straßenbaulast.	160
aa) Die Nutzung ist gemeinschädlich.	160
bb) Die Nutzung ist gemeinverträglich.	161
b) Der Träger der Straßenbaulast wechselt.	161
aa) Die Nutzung ist gemeinschädlich.	161
bb) Die Nutzung ist gemeinverträglich.	162
3.) Probleme bei der Abstufung einer Straße in eine Klasse der sonstigen öffentlichen Straßen.	163
4.) Die Vorschrift des Art. 56 Abs. 2 zweiter Halbsatz.	163
5.) Zusammenfassung.	164
IV. Abschließende Bemerkungen.	164

Sechstes Kapitel :

Die Übergangsregelung für Nutzungen an öffentlichen Straßen.	166
1. Allgemeines.	166
II. Die Regelung des Art. 69 Abs. 1 StrWG.	167
1.) Das Dauerrecht kraft bürgerlichen Rechts.	167
2.) Das Dauerrecht kraft öffentlichen Rechts.	168

	Seite
III. Die Regelung des Art. 69 Abs. 2 StrWG.	169
IV. Die Überleitung früherer nach öffentlichem Recht widerruflich gestatteter Sondernutzungen.	171
1.) Fälle, in denen weiterhin öffentliches Recht gilt.	171
2.) Die Fälle der Umwandlung.	172
a) Das Rechtsschicksal des Erlaubnisaktes.	173
b) Rechtsfolgen der Rücknahme des Erlaub- nisaktes.	174
aa) Keine entsprechende Anwendung des Art. 69 Abs. 1 StrWG.	175
bb) Keine automatische Umwandlung in eine bürgerlichrechtliche Nutzung.	175
cc) Anspruch gegen den Wegeeigentümer auf Abschluß einer bürgerlichrecht- lichen Nutzungsvereinbarung.	176
3.) Ähnliche Fälle.	176
V. Die Nutzungen an Baumpflanzungen.	177
 <u>S C H L U S S B E M E R K U N G E N .</u>	 179
 <u>L E B E N S L A U F .</u>	

Abkürzungsverzeichnis.

a. F.	alte Fassung, alte Folge
ALR	Allgemeines Landrecht
ÄÖR	Archiv des öffentlichen Rechts, zitiert nach Bänden der gesamten Reihe und Seite.
BayBauO	Bayerische Bauordnung vom 1. 8. 1962 (GVBl. S. 179, ber. S. 250)
BayBgm.	Der Bayerische Bürgermeister, zitiert nach Jahr und Seite.
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BayBSVI	Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften der inneren Verwaltung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGStr	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite.
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite.
BayVB1.	Bayerische Verwaltungsblätter, zitiert nach Jahr und Seite.
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater, zitiert nach Jahr und Seite.
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960 (BGB1. I S. 341)
BerlStrG	Berliner Straßengesetz vom 11. 7. 1957 (GVBl. S. 743) in der Fassung vom 9. 6. 1964 (GVBl. S. 693)
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHStr	Entscheidungen des BGH in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite.
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite.
BremerStrO	Straßenordnung für die Stadt Bremen vom 10. 5. 1960 (GB1. S. 51)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seite.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, zitiert nach Band und Seite.
BWStrG	Straßengesetz für Baden-Württemberg vom 20. 3. 1964 (GesBl. S. 127)
DAR	Deutsches Autorecht, zitiert nach Jahr und Seite.
DB	Der Betrieb, zitiert nach Jahr und Seite.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, zitiert nach Jahr und Seite.
DR	Deutsches Recht, Hrsg. Hans Frank, zitiert nach Jahr und Seite.
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt, zitiert nach Jahr und Seite.
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ElWirtsch.	Elektrizitätswirtschaft, zitiert nach Jahr und Seite.
EnergWG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1451)
FiZschr	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Hrsg. H. Schelcher, zitiert nach Band und Seite.
FStrG	Bundesfernstraßengesetz vom 6. 8. 1953 (BGB1. I S. 903) in der Fassung vom 6. 8. 1961 (BGB1. I S. 1742)
GAG	Gemeindeabgabengesetz vom 20. 7. 1938 (BayBS I S. 553), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 2. 1968 (GVBl. S. 28)
GB1., GesBl.	Gesetzesblatt
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GO	Bayerische Gemeindeordnung vom 25. 1. 1952 (BayBS I S. 461, ber. GVBl. 1958 S. 100)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Hrsg. Dr. Rassow, Dr. Kuntzel und Dr. Eccius, zitiert nach Band und Seite.
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
HambWG	Hamburgisches Wegegesetz vom 4. 4. 1961 (GVBl. S. 117)
HessStrG	Hessisches Straßengesetz vom 9. 10. 1962 (GVBl. S. 437)
Hrsg.	Herausgeber

IME	Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern
JR	Juristische Rundschau, zitiert nach Jahr und Seite.
JuS	Juristische Schulung, zitiert nach Jahr und Seite.
JW	Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahr und Seite.
JZ	Juristenzeitung, zitiert nach Jahr und Seite.
LG	Landgericht
LKO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern vom 16. 2. 1952 (BayBS I S. 515)
LVG	Landesverwaltungsgericht
MABl.	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung, zitiert nach Jahr und Seite.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, zitiert nach Jahr und Seite.
NdsStrG	Niedersächsisches Straßengesetz vom 14. 12. 1962 (GVBl. S. 251)
n. F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahr und Seite.
NRWLStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. 11. 1961 (GVBl. S. 305)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdNr.	Randnummer
Reger-Oeschey	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, Hrsg. Reger und Oeschey, zitiert nach Band und Seite.
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGStr	Entscheidungen des RG in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RPLStrG	Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz vom 15. 2. 1963 (GVBl. S. 57)
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt, Hrsg. H. Lindenau, G. Kaisenberg und E. Kaufmann, zitiert nach Jahr und Seite.
SaarlndStrG	Gesetz Nr. 808 "Saarländisches Straßengesetz" vom 17. 12. 1964 (Amtsblatt S. 117)

SeuffArch	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Hrsg. H. Schütt, zitiert nach Band und Seite.
SHStrWG	Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein vom 22. 6. 1962 (GVBl. S. 237)
StrWÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes vom 24. 4. 1968 (GVBl. S. 57)
StrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz vom 11. 7. 1958 (GVBl. S. 147) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. 4. 1968 (GVBl. S. 64)
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 19. 12. 1952 (BGBl. I S. 83)
StVO	Straßenverkehrsordnung vom 13. 11. 1937 in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. 3. 1956 (BGBl. I S. 271, 327)
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung in der Fassung vom 6. 12. 1960 (BGBl. I S. 898)
ThürGS	Thüringische Gesetzessammlung
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Hrsg. A. v. Keil und Dr. E. Kaufmann, zitiert nach Band und Seite.
VerwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Hrsg. Dr. Dr. Georg Ziegler, zitiert nach Band und Seite bzw. Nr. der Entscheidung.
VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
VGHE	Entscheidungen des Bay. Verwaltungsgerichtshofs, zitiert nach Band und Seite.
VkBl.	Bundesverkehrsblatt, zitiert nach Jahr und Seite.
VRS	Verkehrsrechtssammlung, zitiert nach Band und Seite.
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, zitiert nach Heft und Seite.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Hrsg. Kurt Greifert, Heinz Goerke und Heinz Ewald, zitiert nach Jahr und Seite.
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, Hrsg. Hans Frank, zitiert nach Jahr und Seite.

Literaturverzeichnis.

- v. Almsick Wilhelm Helmut, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauches unter besonderer Berücksichtigung der Fälle des Sondergebrauches an ihnen, Diss. Münster 1928; zitiert: Rechtsstellung
- Anders Gernot, Rechtsgestaltende Wirkung der Anlegung der Wegebstandsverzeichnisse, BayVBl. 1963/173 ff.
- Badura Peter, Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht, JuS 1966/17 ff; zitiert: Zulassung.
- Ballweg Ottmar, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 57, 2. Aufl., Basel 1963; zitiert: Natur.
- Baumeister Ludger, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts, Neue Folge Heft 31 der Forschungsarbeiten aus dem Straßenwesen, Bielefeld 1957; zitiert: Geschichte.
- Becker Günther B., Straßenrecht für Rheinland-Pfalz, Kommunale Schriften für Rheinland-Pfalz Nr. 22, 1963.
- Bender Bernd, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Freiburg 1956.
- Bertram Alfred, Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaft gegenüber dem beliebigen Unternehmen, VerwArch 38/383 ff; zitiert: Natur.
- Bochalli Alfred, Besonderes Verwaltungsrecht, ein Studienbuch, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
- ders. Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl. 1956/181 ff., Fortsetzung DVBl. 1956/612 ff; zitiert: Fortbildung.
- ders. Wegerecht und ländlicher Straßenbau, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, Berlin Göttingen, Heidelberg 1957; zitiert: Handbuch.
- Böttcher Peter, Rechtsprobleme bei Kreuzung öffentlicher Wege mit Energieversorgungsleitungen, Diss. München 1965; zitiert: Rechtsprobleme.
- Brabant Richard, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, JW 1938/3201 ff.
- Brückner Ulf, Die besondere Straßenbenutzung, Sondernutzung und bürgerlichrechtliche Vertragsnutzung an öffentlichen Straßen, Diss. Göttingen 1968.

- Bubner Karl, Landstraßen, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957.
- Bullinger Martin, Die Mineralölföhrnleitungen, Res Publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, hrsg. von Ernst Forsthoff, Bd. 8, Stuttgart 1962.
- Callsen K., Die Regelung des Gemeingebrauches im Bayer. Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/77 ff. = Gewerbearchiv 1960/177 ff.
- Danzer Max, Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, München 1894.
- v. Dassel Ulrich, Das Wegegelande und sein Recht, FiZschr 76/1 ff.
- Dernburg Heinrich, Pandekten, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1900, unter Mitwirkung von J. Biermann.
- Dorn Alfons, Die Wegestreitigkeiten in Bayern, BayVBl. 1932/81 ff. mit Fortsetzungen.
- Dreier Ralf, Zum Begriff der "Natur der Sache", Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft Heft 9, Berlin 1965.
- Eberhart Adolf, Sondernutzungen nach dem Bundesfernstraßengesetz, BayVBl. 1964/179 ff.
- v. Eisenhart-Rothe S., Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Straßen- und Wegerechts, BB 1959/1192 ff.
- Eiser-Riederer-Sieder Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 3. Aufl., München, Berlin 1961.
- Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963, neugefaßt 1966), Köln, Berlin 1964.
- Evers Hans-Ulrich, Wegerecht contra Verkehrsrecht?, NJW 1962/1033 ff.
- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München, Berlin 1965.
- Fechner Erich, Rechtsphilosophie, 2. unveränderte Aufl., Tübingen 1962.
- Finkler Franz, Die Beseitigung von Treppenstufen auf Bürgersteigen, DOV 1960/926 ff.
- Fischer Theodor, Rückgabe von Erschließungsflächen, BayVBl. 1963/370 ff.
- Fischerhof Hans, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DOV 1957/305 ff.

- Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Neudruck der 8. Aufl., Aalen 1963.
- Fobbe Klaus, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V. Band 10, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
- Förg Franz, Aufstellung von Warenautomaten nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/154 ff = Gewerbearchiv 1959/49 ff.
- Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 8. Aufl., München, Berlin 1961; zitiert: Lehrbuch I, 8. Aufl., und 9. Aufl., München, Berlin 1966; zitiert: Lehrbuch I.
- Ganschezian-Finck ohne Vorname, Straßeneigentum und Gemeingebrauch NJW 1957/285 ff.
- Germershausen-Seydel Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Bd. 1 in 4. Aufl., unveränderter Nachdruck 1955, Bd. in 5. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1961.
- Groebe Klaus, Bayern kodifiziert sein Wegerecht, DÖV 1958/833 ff.
- ders. Das erste Landesstraßengesetz, DVBl. 1959/48 ff.
- ders. Öffentliches Sachenrecht im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVBl. 1959/181 ff.
- Haas Diether, Die öffentlichen Sachen, DVBl. 1962/653 ff.
- Hammes Klaus, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, DVBl. 1950/71 ff.
- Hardinghaus Herbert, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 39, Berlin 1966; zitiert: Sachherrschaft.
- Heitzer Hermann, Über die Eintragung eines Weges in das Bestandsverzeichnis, BayBgm 1963/241 ff.
- Helmreich-Widtmann Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 3. Aufl. München 1966.
- Hölzl Josef, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, 5. Aufl., München 1968.
- Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen Bd. 1 1953, Bd. 2 1954.
- ders. Zur Problematik des Gemeingebrauches an öffentlichen Straßen, DÖV 1955/129 ff.; zitiert: Problematik.
- Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958.

- Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., unveränderter Neudruck, Offenburg 1948.
- Jesch Dietrich, Der Gemeindegebrauch, Korreferat, JuS 1963/213.
- v. Kahr Gustav, Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, München 1896.
- Knauth ohne Vorname, Der Beweis der Öffentlichkeit bei alten Wegen, VerwArch 30/465 ff.
- Knorr Gerhard, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVBl. 1958/257 ff., Fortsetzung S. 300.
- ders. Die jüngste Änderung des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes, BayVBl. 1968/225 ff.
- Kodal Kurt, Der "gesteigerte Gemeindegebrauch" in den neuen Landesgesetzen, DOV 1960/444 ff; zitiert: Der "gesteigerte Gemeindegebrauch".
- ders. Straßenrecht, 2. Aufl., München, Berlin 1964.
- Köttgen Arnold, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 34 Göttingen 1961; zitiert: Daseinsvorsorge.
- Kormann Karl, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, FIZschr 43/1 ff.
- Krause Klaus Dieter, Der Gemeindegebrauch an öffentlichen Straßen im neueren Verwaltungsrecht, Diss. Köln 1961.
- Kreittmayr Freiherr v., Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem, II. Theil, München 1821.
- Kremer Norbert, Die Anliegersondernutzung im neuen Straßenrecht, DVBl. 1963/431 ff.
- Küchenhoff Günther, Wegerecht als Ordnung aus der Natur der Sache, Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin, Heidelberg, New York 1967.
- Lassar Gerhard, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Diss. Berlin 1919; zitiert: Grundbegriffe.
- Lerche Peter, Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl. 1955/283 ff.
- Loebell ohne Vorname, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruchot 41/1 ff.
- Lüthke Claus, Gemeindegebrauch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, Diss. Hamburg 1964.
- Malzer Georg, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, Essen 1966.

- Mang Johann, Fiskalische Gemeindeverwaltung und Rechtsaufsicht, BayVB1. 1960/109 ff.
- ders. Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. 1 München 1951, Bd. 2 1952.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., München 1968.
- Marschall Ernst A., Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
- Maunz Theodor, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Heft 11 des Sammelwerkes "Die Verwaltung", 4. Aufl., Braunschweig 1957.
- ders. Grundfragen des Energiewirtschaftsrecht, VerwArch 50/315 ff.
- ders. Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin, Leipzig 1933.
- Mayer Franz, Der Gemeingebrauch, Referat, JuS 1963/20
- Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 3. Aufl., München, Leipzig 1924.
- Mehlem ohne Vorname, Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und kreisangehörigen Gemeinden, DVBl. 1958/157 ff.
- Meisner-Ring Nachbarrecht in Bayern, 5. Aufl., Berlin 1961.
- Merk Wilhelm, Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1962 in Münster zu dem Thema "Die öffentliche Sache", VVDStL 21/232.
- Müller Hans, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung?, DR 1938/289 ff.
- Müller-Engelhardt H., Grenzgebiete zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht, ElWirtsch 1953/287 ff.
- Nau Philipp, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, Diss. Mainz 1957.
- Nebinger Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949.
- Nedden Gerhard, Der Handel auf öffentlichen Straßen, NJW 1956/81 ff.
- ders. Kreuzungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 19
- Neff Richard, Öffentliche Wege, Zur neuen Gemeindeordnung, BayVB1. 1926/420 ff.
- Niederleithinger Ernst, Sondernutzungen an öffentlichen Straßen für Versorgungsleitungen, BayVB1. 1969/119 ff.

- Oertmann Paul, Bayerisches Landesprivatrecht 1. Abteilung (Ergänzungsband I zu: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens von Heinrich Dernburg), Halle 1903.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, bearbeitet von Bernhard Darnkelmann, Max Degenhart, Helmut Heinrichs, Theodor Keidel, Wolfgang Lauterbach, Hans Putzo und Heinz Thomas, 28. Aufl., München 1969.
- Peters Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttinger Heidelberg 1949.
- Petersen Kurt, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeindebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Hamburg 1935; zitiert: Grundprinzipien.
- Prandl-Gillesen Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Handkommentar, München 1968.
- Radbruch Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Sonderausgabe MCMLX, Darmstadt 1960; Erstveröffentlichung in Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 283 ff.
- Ring Wolfgang, Der öffentliche Weg und das Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Verwaltungsrechts, Diss. München 1957; zitiert: Der öffentliche Weg.
- Rzepka Walter, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Taschenkommentar, Köln, Berlin, Hamburg, Hannover, Kiel, Mainz, München, Saarbrücken, Wiesbaden 1968.
- Salzwedel Jürgen, Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DÖV 1963/241 ff; zitiert: Gedanken.
- ders. Wege- und Verkehrsrecht in: Besonderes Verwaltungsrecht (hrsg. von v. Münch), S. 419 ff, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1969; zitiert: Besonderes Verwaltungsrecht.
- Samper Rudolf, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1965.
- Schack Friedrich, Bemerkenswertes aus dem Hamburgischen Wegegesetz vom 4. April 1961, DVBl. 1961/897.
- ders. Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, VerwArch 54/43 ff.; zitiert: Das rechtliche Wesen.

- Schallenberg Hermann, Die Widmung, Verwaltung und Wirtschaft Heft 13, Stuttgart und Köln 1955.
- Schambeck Herbert, Der Begriff der "Natur der Sache", Wien 1964.
- Schelcher Herbert, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht, Leipzig 1906 = FfZschr 31/1 ff.; zitiert: Der öffentliche Weg.
- Scheuner ohne Vorname, Der Gemeingebrauch an Straßen, ein Beitrag zur Neugestaltung des deutschen Wegerechts, ZAKDR 1937/484 ff.
- Scheuner Ulrich, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauches und der Nutzung öffentlicher Sachen, in: Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958.
- ders. Zur Neuordnung des Wegerechts, RVBl. 1937/729; zitiert: Neuordnung.
- Schmidt ohne Vorname, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FfZschr 47/1 ff.
- Schmidt-Bens Walter, Verfassungsrechtliche Prüfung der Einschränkung des Gemeingebrauches durch die neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder, Diss. Hamburg 1969; zitiert: Verfassungsrechtliche Prüfung.
- Schmidt-Tophoff Alfons, Reklame an, auf und über öffentlichen Straßen und Plätzen, DVBl. 1970/17 ff.; zitiert: Reklame.
- Schmitt Günther, Die Eintragung von Eigentümerwegen in das Bestandsverzeichnis, BayVBl. 1967/50 ff.
- Schneider Horst, Die Anliegernutzung im neuen Straßenrecht, NJW 1963/276.
- ders. Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung?, WRP 1959/213.
- Schulke Erichheinz, Sondernutzung im Wegerecht und Verwaltungsermessens, BayVBl. 1961/206 ff.
- Schuerack Friedrich, Außenwerbung als Straßennutzung, Diss. Mainz 1963.
- Schwinge Erich, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertrag zugunsten eines Dritten, Gruchot 70/151 ff.
- v. Seydel Max, Bayerisches Staatsrecht Bd. 2, 2. Aufl. Freiburg, Leipzig 1896.
- Siebert Wolfgang, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 10, Göttingen 1953, S. 215 ff.

- Sieder-Zeitler Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, München 1960; zitiert: Sieder-Zeitler.
- dieselben Das Bestandsverzeichnis nach bayerischem Straßenrecht, München 1960; zitiert: Bestandsverzeichnis.
- Spanner Hans, Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, Heft 2 der Schriftenreihe der Arbeitsgruppe "Straßenverwaltung" der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen e. V., Bielefeld 1958; zitiert: Grenzen.
- Stammler Rudolf, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, Gruchot 70/129 ff.
- v. Staudinger Julius, Kommentar zum BGB unter Mitwirkung verschiedener Verfasser, 11. Aufl., Bd. 2 Berlin 1955, Bd. 3 Berlin 1956.
- Stein Walter, Die Bewertung des "Vorteils" bei Beiträgen und Gebühren im Gemeindeabgabenrecht, DÖV 1960/288 ff.
- Steinbach Fritz, Streifzüge durch das Bayerische Wegerecht, BayVBl. 1929/113 ff.
- Stern Klaus, Die öffentliche Sache, Mitbericht auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster vom 3. bis 6. Oktober 1962, VVDStL 21/183 ff; zitiert: Mitbericht.
- ders. Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84/138 ff. und 273 ff; zitiert: Problematik.
- Stratenwerth Günter, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Recht und Staat, Heft 204, Tübingen 1957.
- Strickstock ohne Vorname, Das öffentliche Sachenrecht, DB 1958/1119 ff.
- Stürner Rolf, Privatrechtliche Gestaltungsformen bei der Verwaltung öffentlicher Sachen, Diss. Tübingen 1969; zitiert: Gestaltungsformen.
- Theißig ohne Vorname, Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentlicher Gemeindewege und die "Straßenbenutzungsverträge", FiZschr 37/1 ff; zitiert: Straßenbenutzungsverträge.
- Thiersch Wolfgang, Das Entstehen des Eigentümerweges und seine Rechtsordnung, Diss. Würzburg 1967; zitiert: Eigentümerweg.
- Thoma Richard, Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer, AöR 38/307 ff; zitiert: Gasröhrenkonzession.

- Tschira Oskar, Die wichtigsten Änderungen des Bayer. Straßen- und Wegegesetzes, BayBgm. 1968/133 ff.
- v. Turegg Kurt Egon, Erlaubnis zum Aufstellen von Straßenhändlerbuden, NJW 1951/591.
- v. Turegg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962.
- Volkmar Harald, Grundzüge des Sondernutzungsrechts nach den geltenden Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder, Diss. Münster 1966, zitiert: Grundzüge.
- Weber Werner, Die öffentliche Sache, Bericht auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster vom 3. bis 6. Oktober 1962, VVDStL 21/145 ff; zitiert: Bericht.
- de Weldige-Cremer Wessel, Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege nach der neuen Wegegesetzgebung, insbesondere dem Entwurf eines Straßengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, Diss. Münster 1960; zitiert: Benutzung.
- Widtmann ohne Vorname, Fiskalische Gemeindeverwaltung und Rechtsaufsicht, BayVBl. 1960/110 f.
- Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1, 4. Aufl. Düsseldorf 1875.
- Wittig Peter, Das öffentliche Eigentum, DVBl. 1969/680 ff.
- Wolff Hans J., Verwaltungsrecht Bd. 1, 4. Aufl., München, Berlin 1961; zitiert: Lehrbuch I 4. Aufl., 7. Aufl., München, Berlin 1968; zitiert: Lehrbuch I, und Bd. 2, 2. Aufl. München, Berlin 1967; zitiert: Lehrbuch II.
- Wolpert Friedrich, Der Gemeingebruch im geltenden bayerischen Recht, Diss. Würzburg 1933.
- Ziegler Benno, Müssen die Gemeinden das Überwintern von Fahrzeugen auf den Gemeindestraßen dulden?, BayBgm. 1964/75 ff.
- Zimniok Klaus, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Handkommentar, 3. Aufl., München 1964; zitiert: Zimniok.
- ders. Was bringt das neue Straßen- und Wegegesetz für die Gemeinden?, BayBgm. 1958/217 ff; zitiert: Das neue Straßen- und Wegegesetz.
- Zippelius Reinhold, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, DOV 1958/838 ff; zitiert: Grundfragen.
- ders. Bericht über die Staatsrechtslehrertagung in Münster vom 3. bis 6. Oktober 1962, DVBl. 1962/815 ff.

E I N L E I T U N G

Die vor kurzem¹⁾ abgeschlossene Kodifizierung hat das Wegerecht des Bundes und der Länder einer umfassenden dogmatischen Betrachtung in stärkerem Maße als je zuvor zugänglich gemacht. Besondere Beachtung verdient dabei heute aus zwei Gründen das Teilgebiet des Rechts der Benutzung öffentlicher Straßen und Wege.

Einmal wurde das Wegerecht zu einer Zeit kodifiziert, zu der die Probleme der Benutzung öffentlicher Straßen wissenschaftlich noch nicht vollständig geklärt waren²⁾. Insbesondere ist heute noch lebhaft umstritten, wie im Bereich der Straßenbenutzung das öffentliche Recht vom Privatrecht abzugrenzen ist. Zu dieser Streitfrage möchte die vorliegende Abhandlung Stellung nehmen und hierbei an Hand der einschlägigen Bestimmungen des StrWG³⁾ ermitteln, ob das Wegerecht, das bisher durch ein "wild wucherndes Ineinandergreifen öffentlichen und privaten Rechts"⁴⁾ gekennzeichnet war, als Folge der gesetzlichen Normierung übersichtlicher und praktikabler geworden ist.

Zum anderen haben sich Art und Umfang der Straßenbenutzung gegenüber den Verhältnissen früherer Zeiten grundlegend gewandelt. Der heutige Straßenverkehr hat ein nie gekanntes Ausmaß angenommen. Er ist mit den überkommenen wegerechtlichen Kategorien allein nicht mehr zu erfassen; verkehrsrechtliche Gesichtspunkte gewinnen mehr und mehr an Bedeutung. Deshalb ist zu untersuchen, ob und wie sich das neue Wegerecht, insbesondere die Regelung des StrWG, diesen geänderten Verhältnissen angepaßt hat.

1) Als letztes Bundesland hat Baden-Württemberg durch den Erlaß des "Straßengesetzes für Baden-Württemberg" vom 20. März 1964 (GesBl. S. 127) ein für das ganze Land geltendes geschriebenes Wegerecht erhalten.

2) Vgl. Stürner, Gestaltungsformen, S. 1.

3) Bayerisches Straßen- und Wegegesetz vom 11. Juli 1958 (GVBl. S. 147) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. April 1968 (GVBl. S. 64).

4) So Stern, Problematik, AöR 84/138, 158.

Die einschlägigen Bestimmungen des FStrG¹⁾ und der Straßengesetze der übrigen Bundesländer sollen nur insoweit in die Betrachtung einbezogen werden, als sie das Recht der Benutzung öffentlicher Straßen abweichend vom bayerischen Recht regeln. Eine erschöpfende Synopse, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde, soll damit nicht verbunden sein.

1) Bundesfernstraßengesetz vom 6. 8. 1953 (BGBl. I S. 903).

ERSTER HAUPTTEIL :

GRUNDSÄTZE DES RECHTS DER BE -

NUTZUNG ÖFFENTLICHER WEGE .

Der erste Teil der Arbeit befaßt sich mit allgemeinen und grundsätzlichen Fragen der Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Benutzungsarten an einer öffentlichen Straße¹⁾. Im ersten Kapitel ist die Entwicklung des wegerechtlichen Dualismus bis zum Erlaß der neuen Wegegesetze darzustellen.

Darauf aufbauend untersucht das zweite Kapitel, ob und gegebenenfalls mit welchen Abwandlungen das StrWG diesen Dualismus übernommen hat. Im dritten Kapitel ist sodann die Abgrenzung der öffentlichrechtlichen von den bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen nach dem StrWG selbst kritisch zu betrachten. Ein eigener Vorschlag zur Durchführung dieser Abgrenzung soll im vierten Kapitel folgen.

Im zweiten Hauptteil der Arbeit sind dann einige besonders wichtige Arten sondergebräuchlicher Wegebenutzung darauf zu untersuchen, wie sich die gesetzliche Unterscheidung zwischen beiden Sondernutzungsgruppen und die eigene Abgrenzungsthese in der Praxis auswirken.

1) Im folgenden werden die Begriffe öffentliche Straße und öffentlicher Weg gleichbedeutend verwendet. Sie umfassen auch die Verkehrsanlagen, die nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit oder dem üblichen Sprachgebrauch als Plätze oder dergl. bezeichnet werden.

Erstes Kapitel

DER WEGERECHTLICHE DUALISMUS UND SEINE WANDLUNGEN BIS ZUM

ERLASS DES STRWG.

"Dualismus" ist kein primär rechtlicher Begriff. Er umschreibt allgemein eine Ordnungsstruktur, die auf zwei verschiedenen, voneinander unabhängigen Prinzipien aufbaut. In der Rechtswissenschaft kennzeichnet er das mehr oder weniger koordinierte Nebeneinander zweier rechtlich erheblicher Größen innerhalb eines Rechtsverhältnisses. Dem Begriff kommt im Recht der öffentlichen Sachen¹⁾ und damit auch im Wegerecht zentrale Bedeutung zu²⁾. Dieses Rechtsgebiet ist geprägt von einem Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht: die öffentliche Straße ist Objekt des Privatrechts, gleichzeitig aber einer öffentlichen Zweckbindung unterworfen³⁾. Soweit die öffentliche Zweckbestimmung reicht, ist das bürgerliche Recht verdrängt; in diesem Bereich gilt ausschließlich öffentliches Recht. Dagegen unterstehen Rechtsverhältnisse, die die öffentliche Zweckbestimmung unberührt lassen, dem bürgerlichen Recht⁴⁾.

-
- 1) Innerhalb der öffentlichen Sachen kann man zwei Gruppen unterscheiden: die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, die der Benutzung durch jedermann zugänglich sind, und das "Verwaltungsvermögen" (Forsthoff, Lehrbuch I S. 347, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 209, Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 19), das der öffentlichen Verwaltung unmittelbar zur Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Die weiteren Untersuchungen beschränken sich auf die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch und hier wiederum auf die öffentlichen Straßen und Wege; das Verwaltungsvermögen ist im Rahmen dieser Arbeit ohne Interesse.
 - 2) In dem hier verstandenen wegerechtlichen Sinn taucht der Begriff Dualismus erstmals bei Fleiner, Institutionen, S. 357, in der 1. Aufl. S. 287, auf.
 - 3) "Eine seltsame Doppelgleisigkeit privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Gedanken durchzieht dieses Rechtsgebiet". So Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 7. Lerche, Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl. 1955/283, 285, spricht von der Doppelseitigkeit der öffentlichen Sachen, Wittig, Das öffentliche Eigentum, DVBl. 1969/680, 681 von der "Theorie der Zweispurigkeit".
 - 4) Eingehend hierzu unten S.8 ff.

I. Der Dualismus im ursprünglichen Sinn.

Das alte deutsche Recht betrachtete die öffentlichen Gemeindewege¹⁾ als Bestandteile der Allmende²⁾. Sie standen der Gesamtheit der Gemeindeangehörigen zur Benützung zur Verfügung. Deshalb konnte an ihnen kein privates Eigentum bestehen³⁾. Unter dem Einfluß der Rezeption behandelte sie das Gemeine Recht in Anlehnung an das römische Recht⁴⁾ als Objekte eines allgemeinen Gebrauches, die als solche nicht der Privatrechtsordnung unterstanden⁵⁾. Diese Rechtsauffassung fand auch Eingang in die früheren Gesetzgebungswerke des deutschen Rechtskreises. So waren die Landstraßen nach dem preußischen ALR⁶⁾ gemeines Eigentum⁷⁾ des Staates. Das bayerische Landrecht bestimmte, die öffentlichen Straßen seien Sachen, "deren Gebrauch zwar jedermann, das Eigentum aber niemand zuständig ist"⁸⁾. Erst im Laufe des vorigen Jahrhunderts⁹⁾ setzte sich die Erkenntnis durch, daß wie alle öffentlichen Sachen auch der öffentliche Weg eine privatrechtliche Grundlage besitze, daneben aber einer öffentlichrechtlichen Wegeherrschaft unterworfen sei¹⁰⁾. Der öffentliche Weg sei Objekt

- 1) Daneben gab es schon frühzeitig Land- und Heerstraßen ("Königsstraßen"), die dem überörtlichen Verkehr dienten. Ihre Unterhaltung wurde vom Landesherrn den Umwohnern aufgelastet (vgl. v. Kahr, Gemeindeordnung Bd. I S. 340).
- 2) Vgl. v. Kahr, aaO, Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 42, Schelcher, Der öffentliche Weg, FiZschr 31/1, 6, Sieder-Zeitler Art. 1 RdNr. 6 und Baumeister, Geschichte, S. 8.
- 3) Siehe hierzu die Übersicht bei Stern, Mitbericht, VVDStL 24/183, 185 f. und Merk, Diskussionsbeitrag, aaO S. 232.
- 4) Vgl. Steinbach, Streifzüge durch das Bayerische Wegerecht, BayVBl. 1929/113, 114.
- 5) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 163: "Sie (d.h. die öffentlichen Sachen; der Verf.) unterstehen einem besonderen Recht, durch welches sie außerhalb des Privatverkehrs gestellt sind". Siehe hierzu Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem II. Teil 1. Kapitel (S. 84).
- 6) § 21 II 14 ALR lautete: "Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates". Vgl. auch die §§ 2, 4 und 7 II 15 ALR.
- 7) Das jedoch nicht als fiskalisches Eigentum eines Hoheitsträgers im heutigen Sinn zu verstehen ist; vgl. Schelcher aaO S. 9.
- 8) Bay. Landrecht Teil II Kap. I § 5, zitiert nach Danzer, Das Bayerische Landrecht, S. 66; siehe auch v. Kahr, aaO S. 340 f.
- 9) Siehe hierzu Windscheid aaO S. 432 bis 433 mit zahlreichen Nachweisen.
- 10) So v. Kahr, Gemeindeordnung Bd. 1 S. 341 und S. 358, v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht Bd. 2 S. 390, Steinbach aaO S. 114 und Forsthoff, Lehrbuch I S. 350 mit weiteren Nachweisen.

des Privatrechtsverkehrs wie jede andere Sache. Er werde jedoch durch die Widmung zum allgemeinen Gebrauch einer besonderen öffentlichen Zweckbestimmung unterstellt und erhalte den Status einer öffentlichen Sache.

Man erkannte ferner, daß der Weg - wie jede öffentliche Sache - seine Funktion, dem Gebrauch durch das allgemeine Publikum zu dienen, nur erfüllen kann, wenn seine bestimmungsgemäße Benutzung nicht durch private Eigentumsrechte oder andere dingliche Berechtigungen beeinflusst wird. Der Eigentümer darf "nichts vornehmen und keine Vorrichtungen anbringen, wodurch die Benutzung des Weges seiner Bestimmung gemäß erschwert wird"¹⁾. Die öffentliche Zweckbestimmung hat vor privatrechtlichen Rechtsverhältnissen den absoluten Vorrang²⁾; soweit diese Zweckbestimmung reicht, ist kein Raum für privatrechtliche Rechtsverhältnisse am Weg³⁾. Das Wegeeigentum ist sonach von der Zweckbindung überlagert⁴⁾; fällt diese eines Tages - etwa durch Entwidmung - weg, so tritt jenes wieder in vollem Umfang in Erscheinung⁵⁾.

Der Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung richtete sich nach dem Gemeingebrauch. Öffentliche Zweckbestimmung und Gemeingebrauch waren quantitativ deckungsgleich; die Zweckbestimmung ging nicht über den Gemeingebrauch hinaus⁶⁾. Andererseits schöpfte der Gemeingebrauch den Umfang der Zweckbestimmung eines Weges voll aus.

1) So Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Bd. 1 S. 95.

2) Vgl. Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 21 bis 22, Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 209 und Forsthoff aaO S. 350 bis 351.

3) Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 358: "Die Herrschaft des Privatrechts über die öffentlichen Sachen im engeren Sinn hört an dem Punkt auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt".

4) Vgl. Germershausen-Seydel aaO S. 94, Maunz aaO S. 8, Forsthoff aaO S. 351, Wittig, Das öffentliche Eigentum, DVBl. 1969/680, Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 52, Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 11, und Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 79 mit weiteren Nachweisen.

5) Hardinghaus, aaO S. 142.

6) Vgl. für viele v. Kahr aaO S. 353.

Freilich kann der Gemeingebruch im damaligen Sinn mit dem Gemeingebruch im Sinne der heutigen Wegegesetze¹⁾ nicht verglichen werden. Heute beschränken die gesetzlichen Vorschriften den Gemeingebruch in der Regel auf Nutzungsformen des Verkehrs²⁾. Damals war der Begriff Gemeingebruch weit umfassender. Er erstreckte sich auf alle Betätigungsformen, die gemeinüblich³⁾ waren, d.h. nach der örtlichen Anschauung üblicherweise auf der Straße stattfanden⁴⁾. Hierzu zählten neben Nutzungen zum Zwecke der Ortsveränderung auch solche des gewerblichen Verkehrs. Vor allem innerhalb der Ortschaften diente die Straße auch Betätigungsformen, die nichts mit Verkehr im eigentlichen Sinn zu tun hatten, z.B. dem Ablagern von Sachen aller Art, der Errichtung baulicher Anlagen, die in den Straßenraum hineinragten, wie Treppen, Vordächer und dergl.

-
- 1) Siehe Art. 14 Abs. 1 Satz 1 StrWG und die entsprechenden Vorschriften der anderen Straßengesetze.
 - 2) Näher hierzu, insbesondere zum Begriff Verkehr, unten S. 72 ff.
 - 3) Forsthoff, Lehrbuch I, S. 364 mit weiteren Nachweisen, insbesondere aus der Rechtsprechung, Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 210 bis 211 und v. Eisenhart-Rothe, Der Gemeingebruch in der Neuordnung des Straßen- und Wegerechts, BB 1959/1192, 1193. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 78, v. Turegg-Kraus, Lehrbuch S. 187, Scheuner, Der Gemeingebruch an Straßen, ZAKDR 1937/484, 487 und Ganschezan-Finck, Straßeneigentum und Gemeingebruch, NJW 1957/285, 287 bezeichnen dieses Merkmal als "Übung"; gleichlautend ist die Terminologie in den Entscheidungen des BayVGh vom 20. 12. 1929 (VGHE 50/167, 168) und des BGH vom 15. 5. 1957 (DÖV 1957/622). Der Begriff der Gemeinüblichkeit ist auch bei Wolff, Lehrbuch I 4. Aufl. S. 324, nebenbei erwähnt; eine Darstellung seines Inhalts wird jedoch nicht gegeben. In den späteren Auflagen fehlt der Begriff. Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebruch", DÖV 1960/444, 451 schließlich nennt das Merkmal die "Üblichkeiten innerhalb der örtlichen Gemeinschaft". In die neuen Wegegesetze ist der Begriff Gemeinüblichkeit nicht aufgenommen worden. Nur § 14 Abs. 1 Satz 1 SaarländStrG spricht von den "verkehrsüblichen Grenzen" des Gemeingebruches.
 - 4) Der Gebrauch der Straße war "verbunden mit einer erheblichen Variationsbreite der Zweckbeliebigkeit". So Weber, Bericht, VVDStL 21/145, 179.

Weil alle diese Betätigungsformen als gemeinüblich im Rahmen der damals angenommenen Zweckbestimmung der öffentlichen Straße lagen, galten sie als Nutzungen öffentlichrechtlicher Art und waren somit einer privatrechtlichen Disposition entzogen¹⁾. Jenseits dieses umfassenden Gemeingebrauches liegende Nutzungsformen wurden dagegen nicht von der Zweckbestimmung der Straße erfaßt²⁾. Sie unterstanden daher auch nicht dem öffentlichen Recht. Insoweit konnte der Eigentümer der Wegefläche innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen allgemeinen Grenzen frei mit seinem Eigentum "schalten und walten"³⁾. Wollte jemand die Straße zu einem Zweck benutzen, der außerhalb des Gemeingebrauches im damaligen weiten Sinne lag, so bedurfte er der privatrechtlichen Gestattung durch den Wegeeigentümer. So schreibt Oertmann⁴⁾:

"Nichts aber steht entgegen, daß der Eigentümer des Weges daran unter Anwendung der allgemeinen Geschäftsformen dem einen oder anderen ein besonderes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht dinglicher oder persönlicher Natur bestelle. Insbesondere sind sowohl Grundgerechtigkeiten wie persönliche Dienstbarkeiten⁵⁾ an dem dem Weg dienenden Grundstück denkbar".

Für Oertmann ist die öffentliche Straße wie jedes beliebige Grundstück Objekt des Privatrechts, das sich von anderen Teilen der Erdoberfläche freilich dadurch unterscheidet, daß es dem Gemeingebrauch dient. Diese Zweckgebundenheit geht zwar nach Oertmann - soweit sie reicht - dem privaten Wegeeigentum vor. Oertmann erachtet sie jedoch quantitativ als nicht so gewichtig wie das Eigentum am Wegegrund. Die bürgerlichrechtliche Eigentümerstellung ist nach seiner Auffassung die stärkste Rechtsposition im Kreise der an einem öffentlichen Weg bestehenden Rechtsbeziehungen. Daher ist es nach Oertmann folgerichtig, daß auch nur der Eigentümer

1) Eingehend hierzu Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50/315, 334.

2) So auch Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung S. 113.

3) So Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht S. 388; siehe auch v. Kahr, Gemeindeordnung Bd. 1 S. 359 mit zahlreichen Nachweisen.

4) AaO S. 394 bis 395.

5) In einer Fußnote erläutert Oertmann: "z.B. Nießbrauch - unter Umständen wichtig wegen des Obst- und Graswuchses".

Straßenbenutzungen gestattet, die außerhalb des Gemeingebräuches, mithin außerhalb der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung der Straße liegen und daher in die verbliebenen Eigentumsrechte eingreifen oder zumindest eingreifen können.

Oertmann bewegt sich damit auf dem Boden einer Sondernutzungstheorie, von der Maunz¹⁾ 30 Jahre später feststellte, über sie bestehe im bayerischen Recht große Einmütigkeit. Maunz²⁾ nennt als ihre Hauptvertreter Kahr, Seydel und Dyroff. Die Theorie, die Schack³⁾ treffend als privatrechtliche Theorie bezeichnet, war lange Zeit in der Wegerechtswissenschaft vorherrschend⁴⁾. Sie war zwar positivrechtlich nirgends fixiert, ihr hingen aber der BayVGH und ihm folgend die gesamte bayerische Verwaltungspraxis seit Jahrzehnten unverändert bis in die dreißiger Jahre hinein an⁵⁾.

Diese Theorie war nicht auf den bayerischen Rechtskreis beschränkt⁶⁾. Auch das Reichsgericht vertrat in ständiger

1) Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 161.

2) aaO. Es hat den Anschein, als habe Maunz der Darstellung Oertmanns nicht die gebührende Beachtung geschenkt.

3) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 44 f.

4) Maunz aaO.

5) So Maunz aaO. Er schließt sich dieser Theorie zwar nicht an, bescheinigt ihr aber, daß sie in Einzelheiten schwer anzugreifen sei (S. 166). Seine eigene Theorie fußt auf einer anderen Auffassung vom Wesen der öffentlichen Sache, die er als Rechtsverhältnis verstanden haben will (S. 66 ff.), und auf einer anderen Zuordnung der einschlägigen Rechtsbeziehungen zum öffentlichen oder privaten Recht; vgl. seine Ausführungen S. 167.

6) Siehe hierzu Germershausen-Seydel Bd. 1 S. 97 ff., v. Turegg, Erlaubnis zum Aufstellen von Straßenhändlerbuden, NJW 1951/591, Brabant, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, JW 1938/3201, 3205 und Theißig, Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentlicher Gemeindewege und die "Straßenbenutzungsverträge", FiZschr 37/1, 7 und S. 20 bis 21.

Rechtsprechung¹⁾ die Auffassung, Sondernutzungen seien bürgerlichrechtliche Nutzungsberechtigungen. So führt das Gericht noch in seiner Entscheidung vom 16. 5. 1931²⁾ aus, der Straßeneigentümer könne eine privatrechtliche Vereinbarung über die Benutzung seines Eigentums nicht schon bei gemeingebräuchlicher Nutzung, sondern nur insoweit treffen, als die Benutzung ü b e r den Gemeingebrauch h i n a u s g e h e ^{3) 4)}.

Der Dualismus der privatrechtlichen Theorie beruht sonach auf einer klaren und dogmatisch sauberen Trennung der öffentlichrechtlichen Wegeherrschaft vom bürgerlichrechtlichen Wegeeigentum: Die öffentliche Zweckbestimmung erschließt die Straße einem

-
- 1) Vgl. die Entscheidungen vom 11. 1. 1916 (RGZ 88/14, 16), vom 9. 11. 1917 (RGZ 91/170, 177), vom 17. 10. 1919 (RGZ 97/18 ff.), vom 9. 1. 1923 (RGZ 106/177, 179) und vom 16. 2. 1929 (RGZ 123/181, 183). Dazu eingehend Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung S. 151 f. Allerdings meint Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 49, diesen Urteilen könne nicht entnommen werden, daß das Reichsgericht auf dem Boden der privatrechtlichen Theorie stand; vielmehr liege ein Hauptgrund für das Geltenlassen des Zivilrechts wohl "in dem Bemühen um das Rechtsschutzbedürfnis" (S. 50 Fußnote 33).
 - 2) RGZ 132/398, 402.
 - 3) Ähnlich Müller, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benützung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung?, DR 1938/289, Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruchot 41/1, 44, Hammes, Der Gemeingebruch an städtischen Straßen, DVBl. 1950/71, 73 und Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 152.
 - 4) Diese privatrechtliche Theorie wurde teilweise bis in die Gegenwart hinein vertreten. In der Amtlichen Begründung zu § 41 Abs. 1 und 2 RPLStrG (zitiert nach Becker, Straßenrecht für Rheinland-Pfalz, Anm. zu § 41 RPLStrG) heißt es, nach der bisherigen Rechtsauffassung setze die Sondernutzung der Straße eine privatrechtliche Gestattung voraus. Eine Abweichung hiervon bringe erst das neue Landesstraßengesetz. Im sog. energiewirtschaftlichen Schrifttum (vgl. hierzu grundlegend Eiser-Riederer-Sieder, Energiewirtschaftsrecht V Wege S. 37 ff. mit zahlreichen Nachweisen, Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957/305 ff. und Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 53) herrscht schließlich heute noch die Ansicht vor, Konzessionsverträge, d.h. Verträge über die Benutzung der Straßen durch Versorgungsleitungen, seien bürgerlichrechtlicher Natur. Die Verlegung solcher Leitungen berühre die öffentliche Zweckbestimmung eines Weges nicht. Daher könne der Wegeeigentümer diese Nutzung kraft seines privatrechtlichen Eigentums gestatten.

umfassenden Gemeingebrauch. Soweit Zweckbestimmung und Gemeingebrauch reichen, gilt öffentliches Recht. Alle Nutzungen außerhalb des Gemeingebrauches werden von der öffentlichen Zweckbestimmung nicht erfaßt; sie unterstehen daher der Privatrechtsordnung und werden vom Wegeeigentümer gestattet.

II. Der Dualismus neuerer Prägung.

Indessen wird diese Theorie den Erfordernissen des modernen Wegerechts nicht mehr gerecht. Die weitere Rechtsentwicklung innerhalb und außerhalb Bayerns läßt eine deutliche Abkehr von der privatrechtlichen Theorie erkennen. Diese Entwicklung ist letztlich eine Folge der zunehmenden Motorisierung und Verdichtung des Verkehrs, die die Verhältnisse auf den Straßen gegenüber früher grundlegend umgestalteten, neue Nutzungsformen des Schnellverkehrs schufen und zu einer Überbeanspruchung der Straßen in einem nie gekannten Ausmaß führten.

Das Recht der Benutzung öffentlicher Wege bildete sich in drei Richtungen fort:

1.) Einschränkung des Gemeingebrauches.

Die überlasteten Straßen mußten mehr und mehr von Nutzungsarten außerhalb des Verkehrs befreit werden, die zwar früher als gemeingebräuchlich gestattungsfrei waren, jetzt aber die Belange des dichtgedrängten Verkehrs berührten. Dieses Ziel wurde erreicht durch eine fortschreitende Einschränkung des Begriffes Gemeingebrauch. Den vorläufigen Schlußpunkt dieser Entwicklung bildet der enge Gemeingebrauchsbegriff der neuen Wegegesetze¹⁾. Fast ausnahmslos bestimmen diese Gesetze, daß unter Gemeingebrauch nur noch die Benutzung der Straße zum Verkehr im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften

1) Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Einschränkung siehe Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 121 ff.

fällt¹⁾. Teilweise²⁾ wird sogar ausdrücklich hervorgehoben, daß kein Gemeingebrauch vorliege, wenn die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt werde. Die Einengung des Gemeingebrauches auf einen Teilbereich der früher gemeinüblichen Benutzungsarten hatte zur Folge, daß die aus dem Bereich des Gemeingebrauches ausgeschiedenen Straßenbenutzungen zum Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus, zu Sondernutzungen wurden³⁾.

Gleichwohl hat sich der Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung einer Straße gegenüber früher nicht verringert. Die Funktion einer modernen Straße erschöpft sich nicht darin, dem zu dienen, was die Wegegesetze des Bundes und der Länder vom früheren umfassenden Gemeingebrauch unter dem Druck der gegenwärtigen Verkehrsverhältnisse übriggelassen haben⁴⁾. Die Straße hat auch heute weit mehr Aufgaben zu erfüllen als nur dem Verkehr von Kraftfahrzeugen, Radfahrern und Fußgängern zu dienen. Sie wird zu allen möglichen Arten gewerblicher Betätigung benutzt; auf ihr finden Umzüge und Versammlungen statt⁵⁾. Die fortschreitende Technisierung unseres Lebens bringt sogar eine Erweiterung der Funktionsbreite der Straße mit sich. Die Straße hat sich zu einem "Mehrzweckinstitut"⁶⁾ entwickelt, das heute z. B. auch der Aufnahme verschiedener im öffentlichen Interesse notwendiger Leitungssysteme zu dienen hat⁷⁾. Wenn andere als Verkehrsnutzungen heute außerhalb des Gemeingebrauches liegen, so können sie dennoch von der öffentlichen Zweckbestimmung einer Straße erfaßt sein.

1) § 7 Abs. 1 S. 1 FStrG und die Landesstraßengesetze mit Ausnahme von § 15 Abs. 1 Satz 1 BWStrG, § 1 Abs. 1 BremerStrO, § 14 Satz 1 HessStrG und § 14 Abs. 1 Satz 1 SaarländStrG.

2) So z.B. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 n. F. StrWG.

3) Siehe hierzu vor allem Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 58 und ders., Bemerkenswertes aus dem Hamburgischen Wegegesetz vom 4. April 1961, DVBl. 1961/897, 899 mit weiteren Nachweisen.

4) Ebenso Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 31 f. und Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 109. Das räumt auch Niederleithinger, Sondernutzungen an öffentlichen Straßen für Versorgungsleitungen, BayVBl. 1969/119, ein.

5) Vgl. auch BGH-Urteil vom 15. 5. 1957 (DOV 1957/622), wonach die Straße nicht nur dem Verkehrszweck, sondern u.a. auch "Zum Aufbau und zur Ausbesserung des an die Straße angrenzenden Hauses" diene.

6) So Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 28 und 32, Weber, Bericht, VVDStL 21/153 und Aussprache zu Bericht und Mitbericht, VVDStL 21/266, Stern, Mitbericht, VVDStL 21/215.

7) Ebenso Forsthoff, Lehrbuch I S. 366.

Somit können wir eine erste Feststellung treffen: die Kongruenz zwischen öffentlicher Zweckbestimmung und Gemeingebrauch, auf der die privatrechtliche Theorie aufbaute, ist verschwunden. Die Zweckbestimmung einer Straße und damit gleichzeitig der Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts greift über den Bereich des eingeschränkten Gemeingebrauches im Sinne der heutigen Wegegesetze hinaus.

Zwei weitere Überlegungen führen zu demselben Ergebnis:

- a) Art. 14 Abs. 1 Satz 2 StrWG bestimmt, daß kein Gemeingebrauch vorliege, wenn die Straße nicht zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt werde. Das Gesetz setzt somit voraus, daß Nutzungen zu anderen Zwecken wegerechtlich zulässig sind¹⁾. Würde die Widmung diese anderen Nutzungen nicht erfassen, so wären sie wegerechtlich²⁾ irrelevant und dem bürgerlichen Recht unterworfen. Das ist aber nach Art. 18 StrWG bei einem Großteil der Sondernutzungen nicht der Fall.
- b) Durch die auf verkehrstechnischen Gründen beruhende Einengung des Gemeingebrauches konnten die früher gemeingebrauchlichen, angesichts der veränderten Verhältnisse jetzt aber sondergebräuchlichen Nutzungen nicht zu privatrechtlichen Sondernutzungen werden. Diese Nutzungen behielten ihren öffentlichrechtlichen Charakter bei. Nach der privatrechtlichen Theorie hätten sie, da außerhalb des Gemeingebrauchs liegend, der Dispositionsbefugnis des Wegeeigentümers unterstellt werden müssen. Dessen Einflußbereich wäre erweitert worden, eine Folge, die den Erfordernissen eines modernen Wegerechts zuwiderlaufen

1) Bestimmte andere Nutzungen sind nach Art. 65 StrWG verboten, wenn durch sie die Straße beschädigt werden kann. Ist eine Beschädigung nicht zu befürchten, so sind sie wegerechtlich grundsätzlich zulässig und werden vom Widmungszweck erfaßt.

2) Eine andere Frage ist, ob sie nicht aus sicherheitsrechtlichen Gründen dennoch nach öffentlichem Recht zu behandeln wären. Hierzu unten S. 14 f.

würde¹⁾ 2).

2.) Verstärkte Überwachung der Straßenbenutzung.

Neben einer quantitativen Einschränkung des Gemeingebrauchs ist eine verstärkte hoheitliche Überwachung und Reglementierung der Straßennutzungen festzustellen. Das öffentliche Interesse am reibungslosen Ablauf der Verkehrsnutzungen verbietet es heute, dem Belieben des Wegeeigentümers oder einer von ihm ermächtigten Privatperson zu überlassen, ob eine Sondernutzung gestattet wird. Denn diese Nutzung berührt - weil über den Gemeingebrauch hinausgehend - das Interesse der Allgemeinheit an der ungestörten Ausübung des Gemeingebrauchs. Bei jeder derartigen Nutzung erhebt sich die Besorgnis, sie könnte den Gemeingebrauch berühren, möglicherweise sogar beeinträchtigen³⁾. Diese Frage nachzuprüfen ist nicht Sache des Wegeeigentümers, sondern des öffentlichrechtlichen "Wegeherrn"⁴⁾, der die Interessen der Allgemeinheit vertritt⁵⁾. Deshalb sehen die Weggesetze⁶⁾ vor, daß ausschließlich der öffentlichrecht-

-
- 1) Ebenso im Ergebnis Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, S. 111 und Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 41.
 - 2) Darauf wurde vor allem bei der Erörterung des Themas "Die öffentliche Sache" auf der Staatsrechtslehrertagung 1962 in Münster hingewiesen; vgl. Zippelius, Bericht über die Tagung, DÖV 1962/815 ff. und seine Bemerkung aaO S. 821: "All das zeigt an, daß sich die bisher herrschende dualistische Konstruktion der öffentlichen Sache zu einer zunehmend monistischen öffentlichrechtlichen Konstruktion wandelt".
 - 3) Einige Autoren vertreten sogar die Auffassung, eine Sondernutzung beeinträchtige den Gemeingebrauch notwendigerweise; vgl. v. Dassel, Das Wegegelande und sein Recht, FiZschr 76/1, 20, Marwchall, FStrG, § 8 Anm. 1 (S. 297) und Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 62. Näher hierzu unten S. 29 ff.
 - 4) So die Terminologie beispielsweise in der BGH-Entscheidung vom 22. 10. 1954 (BGHZ 15/113, 116). Die weiteren Ausführungen folgen dieser Terminologie.
 - 5) Germershausen-Seydel Bd. 1 S. 96 bis 97, Peters, Lehrbuch S. 212, Bertram, Natur, VerwArch 38/383, 390 und Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 1.
 - 6) Siehe Art. 18 Abs. 1 StrWG und die korrespondierenden Bestimmungen der anderen Straßengesetze.

liche Wegeherr, das ist in Bayern nunmehr die Straßenbaubehörde¹⁾, Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch beeinträchtigen können, gestattet. Nur er kann von seiner hoheitlichen Warte aus entscheiden, ob solche Nutzungen mit dem öffentlichen Interesse an einem ungestörten Gemeingebrauch vereinbar sind.

Da heute bei nahezu jeder Sondernutzung öffentliche Belange berührt werden, ist die Herrschaft des öffentlichen Rechts auf die meisten Wegebenutzungsformen ausgedehnt. Wenn nach Art. 18 Abs. 1 StrWG für die Geltung des öffentlichen Rechts entscheidend ist, daß der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann, so ist damit letztlich das fundamentale wegerechtliche Abgrenzungsmerkmal zwischen öffentlichen und privaten Wegebenutzungsformen, die öffentliche Zweckbestimmung des Weges, nicht mehr ausschlaggebend. Heute kann eine Sondernutzung, die mit der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße überhaupt nichts zu tun hat, öffentlichrechtlicher Natur sein.

Wir erkennen somit eine doppelte Abkehr vom klassischen Dualismus: die öffentliche Zweckbestimmung greift über den Bereich des eingeschränkten Gemeingebrauchs der neuen Wegegesetze hinaus. Der Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts ist damit nicht mehr auf den Gemeingebrauch beschränkt. Er ist ferner nicht mehr an den Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung gebunden, sondern umfaßt auch Nutzungsformen außerhalb der Zweckbestimmung, sofern sie gemeinschädlich sind. Der ausgewogene Dualismus der früheren privatrechtlichen Theorie hat sich sonach in einem Ausmaß zugunsten des öffentlichen Rechts verschoben, daß die Frage berechtigt ist, was von ihm überhaupt noch übriggeblieben ist. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, welche Bedeutung dem Wegeeigentum heute noch zukommt.

1) Art. 6 Abs. 2 Satz 1 StrWG n. F. Vor der Neuregelung war der Träger der Straßenbaulast zuständig.

3.) Die Bedeutung des Wegeeigentums unter der Vorherrschaft des öffentlichen Rechts.

Ob und inwieweit der Wegeeigentümer ein Mitspracherecht bei der Gestattung sondergebräuchlicher Wegebenutzungen besitzt, ist noch heute höchst streitig. Ausgehend von der privatrechtlichen Theorie herrschte zunächst die Meinung vor, der Wegeeigentümer habe der Gestattung einer Sondernutzung in jedem Falle zuzustimmen¹⁾. Es wurde darauf hingewiesen, daß es nicht dem öffentlichen Wegeherrn überlassen bleiben dürfe, allein und ohne Mitwirkung des Wegeeigentümers besondere Nutzungen an einer Straße zu gestatten, die wegen ihrer Nutzungsintensität in aller Regel in dessen verbliebenen Rechte eingreifen²⁾. Teilweise folgen die Regelungen der neuen Straßengesetze des Bundes und der Länder dieser Auffassung - so das Berliner Straßengesetz³⁾ und die Bremer

-
- 1) So z.B. Germershausen-Seydel Bd. 1 S. 97, van Almsick, Rechtsstellung S. 86, Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht S. 299 und ders., Handbuch S. 565, Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 S. 571, Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 20 und ders., Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50/315, 334 und Stern, Problematik, AöR 84/138, 161. Anders jedoch bereits Theißig, Straßenbenutzungsverträge, FiZschr 37/1, 28, der ausführt, neben der Verleihung komme die Einwilligung des von dem Wegeherrn nach öffentlichem Recht etwa verschiedenen Zivileigentümers des Straßengeländes nicht in Betracht. Ähnlich auch Schelcher, Der öffentliche Weg, FiZschr 31/1, 65.
- 2) Vgl. Jellinek, Lehrbuch S. 512, Fleiner, Institutionen S. 381. So heute noch Stern, Problematik, AöR 84/138, 168, Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50/315, 337, Zippelius, Grundfragen, DÖV 1958/838, 846, Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 175 und die Rechtsprechung des BGH; vgl. die Urteile vom 22. 10. 1954 (BGHZ 15/113, 116), vom 18. 11. 1955 (BGHZ 19/85, 92), vom 14. 7. 1956 (BGHZ 21/319, 330) und vom 25. 9. 1961 (BGHZ 36/1, 6). A. A. vor allem Forsthoff, Lehrbuch I S. 367, Wolff, Lehrbuch I S. 406.
- 3) § 10 Abs. 1 BerlStrG lautet: "Der Gebrauch der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften neben der Zustimmung des Straßeneigentümers der Erlaubnis, die im Wege der Straßenaufsicht erteilt wird".

Straßenordnung¹⁾ - , ganz überwiegend räumen sie aber dem Wegeeigentümer ein Mitwirkungsrecht bei der Gestattung von Sondernutzungen nicht ein²⁾.

Dogmatisch beantwortet sich die gestellte Frage danach, ob die Widmung einer Grundfläche, die diese zu einer öffentlichen Straße macht und gleichzeitig den Umfang ihrer Zweckbestimmung umreißt, die Straße auch dem Gebrauch zu gemeingebruchsberührenden Sondernutzungen erschließt³⁾. Sollte die Widmung einen

- 1) § 2 Abs. 2 Satz 2 BremerStrO lautet: "Die Gebrauchserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Eigentümer und der Unterhaltungspflichtige des öffentlichen Weges oder der öffentlichen Anlage zugestimmt haben". Diese Regelung ist wie die des Berl-StrG ein klassischer Fall der dualistischen Theorie im Sinne Schacks; vgl. dessen Übersicht über die verschiedenen Sondernutzungstheorien in VerwArch 54/43, 44 ff., ferner die Zusammenstellungen bei Schwinge, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, Gruchot 70/151, 154 bis 155 und bei Luthke, Gemeingebruch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, S. 71 ff.
- 2) So das FStrG und die anderen Landesstraßengesetze.
- 3) Dies bejahen: Forsthoff, Lehrbuch I S. 366, Fleiner, Institutionen S. 378, Nebinger, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil S. 110 für die frühere Gebrauchserlaubnis, Peters, Lehrbuch der Verwaltung S. 211, Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 139, Stammeler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, Gruchot 70/129, 140 bis 141, Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebruchs und der Nutzung öffentlicher Sachen S. 78, Wolff, Lehrbuch I S. 406, Salzwedel, Besonderes Verwaltungsrecht S. 425 für gewerbliche Betätigungen, Fobbe, Gemeingebruch und Kraftverkehr, S. 112, Sieder-Zeitler Art. 13 RdNr. 13, Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht Art. 14 Anm. I und Art. 18 Anm. I, Brückner, Die besondere Straßenbenutzung, S. 23, Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 40 bis 41, Kodal, Straßenrecht S. 273 und 880, Köttgen, Daseinsvorsorge S. 27 bis 28 und S. 31, Evers, Wegerecht contra Verkehrsrecht?, NJW 1962/1037, Schmidt-Tophoff, Reklame, DVBl. 1970/17, 20; widersprüchlich Strickstock, Das öffentliche Sachenrecht, DB 1958/1120 (Abschnitt II 3) einerseits und S. 1122 (Abschnitt II 7 b) andererseits.
A. A. sind: Germershausen-Seydel Bd. 1 S. 97, Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 214, van Almsick, Rechtsstellung S. 86, Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht S. 299 und ders., Handbuch, S. 565, Huber, Wirtschafts-verwaltungsrecht Bd. 1 S. 571, Maunz, Grundfragen des Energie-wirtschaftsrechts, VerwArch 50/315, 334 und ders., Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 20, Stern, Problematik, AöR 84/138, 161, Nedden, Der Handel auf

derartigen Umfang haben, so hätte der Wegeeigentümer in diesem Bereich keine Mitwirkungsbefugnis.

Wir haben gesehen¹⁾, daß die öffentliche Zweckbestimmung eines Weges auch heute jedenfalls die Sondernutzungen erfaßt, die früher zum damals umfassenderen Gemeingebrauch gehörten. Weiterhin haben wir festgestellt²⁾, daß die moderne Straße ein Mehrzweckinstitut geworden ist, deren Funktion nicht auf reine Verkehrsvorgänge im Sinne einer Ortsveränderung beschränkt ist, die vielmehr auch dem gewerblichen Verkehr, dem Leitungsverkehr und weiteren Benutzungsarten zu dienen hat, die sich in Sondernutzungen konkretisieren. Daher kann es in diesen Bereichen ein Mitspracherecht des Wegeeigentümers nicht geben.

Die neuerdings von Volkmar³⁾ und Böttcher⁴⁾ gegen diese Auffassung vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Volkmar meint, den neuen Wegegesetzen entnehmen zu können, daß die Widmung sich nur auf Nutzungsformen des Gemeingebrauches im heutigen engeren Sinne erstrecke⁵⁾. Nach Art. 1 StrWG und den entsprechenden Vorschriften der anderen Straßengesetze seien öffentliche Straßen nur solche, die "dem öffentlichen Verkehr gewidmet" seien; daher könne auch die öffentliche Zweckbestimmung nur so weit reichen. Böttcher verneint eine über den heutigen engen Gemeingebrauch hinausgehende Zweckbestimmung öffentlicher Straßen,

3) öffentlichen Straßen, NJW 1956/81, Ganschezian-Finck, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957/285, 286, Volkmar, Grundzüge, S. 73 f., Böttcher, Rechtsprobleme, S. 56 ff., Zippelius, Grundfragen, DÖV 1958/838, 840 und 846, Fischerhoff, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957/305, 309, Niederleithinger, Sondernutzungen an öffentlichen Straßen für Versorgungsleitungen, BayVB1. 1969/119 und offenbar auch Zimniok, Art. 6 Anm. 4. Ebenso die Rechtsprechung des BGH; vgl. die Urteile vom 18. 11. 1955 (BGHZ 19/85, 91 bis 92), vom 14. 7. 1956 (BGHZ 21/319, 327), vom 19. 12. 1956 (BGHZ 22/395, 398) und vom 25. 9. 1961 (BGHZ 36/1, 5), die sich anschließen an die Entscheidungen des RG vom 21. 9. 1898 (RGZ 42/205, 208) und vom 10. 6. 1929 (RGZ 125/108, 111). Anders wiederum BVerwG, Urteil vom 14. 3. 1957 (NJW 1957/962).

1) Oben S. 13 bis 14.

2) Oben S. 12.

3) Grundzüge S. 72 ff.

4) Rechtsprobleme S. 56 ff.

5) AaO S. 73.

weil andernfalls der Schluß naheliege, daß ein "subjektives öffentliches Recht auf die Erteilung einer Sondernutzung einzuräumen" sei¹⁾. Da es außerdem Pflicht des Wegeherrn sei, die Verwirklichung der Zweckbestimmung zu ermöglichen, hätte er, wenn die öffentliche Zweckbestimmung auch Sondernutzungen erfassen würde, für jede Sondernutzung die baulichen Voraussetzungen zu schaffen. Eine solche Pflicht wäre aber unsinnig und undurchführbar²⁾. Ferner sei es schwierig, abzugrenzen, welche Sondernutzungen noch von der Zweckbestimmung erfaßt würden und welche nicht mehr³⁾. Schließlich würde das Wegeeigentum zu einer leeren Rechtshülle, einem nudum ius, degradiert, was zumindest unerfreulich, wenn nicht gar verfassungswidrig sei⁴⁾.

Zwar scheint auch die Amtliche Begründung zum StrWG die öffentliche Zweckbestimmung auf den Gemeingebrauch zu beschränken, wenn dort⁵⁾ - freilich in anderem Zusammenhang - ausgeführt wird, ein privates Nutzungsrecht an der Straße sei "insoweit unzulässig, als dadurch die Widmung, d.h. der sich aus ihr ergebende Gemeingebrauch, beeinträchtigt" werde⁶⁾. Dennoch ist auch nach der Systematik des Sondernutzungsrechts des StrWG die öffentliche Zweckbestimmung eines Weges auf Sondernutzungen auszudehnen⁷⁾. Das StrWG setzt nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Art. 18 und 22 die wegerechtliche Zulässigkeit anderer als gemeingebrauchlicher Nutzungen voraus. Es folgt damit der heute herrschenden

1) Böttcher aaO S. 62 ohne nähere Begründung.

2) Böttcher aaO S. 63.

3) Böttcher aaO S. 64.

4) Böttcher aaO.

5) Amtliche Begründung zu Art. 6 Abs. 4 StrWG (Beilage 2832 S. 22 bis 23).

6) Wie ungenau die Amtliche Begründung hier formuliert, zeigt sich daran, daß sie die Widmung als beeinträchtigt ansieht. Allenfalls könnte die sich aus der Widmung ergebende öffentliche Zweckbestimmung, nicht aber der Rechtsakt der Widmung, berührt sein.

7) Ebenso Kötting, Daseinsvorsorge S. 26 Fußnote 9.

Lehre. Die auf verkehrstechnischen Gründen beruhende Einengung des Gemeingebrauches hat den umfassenden öffentlichen Wegezweck unberührt gelassen. Davon geht auch das StrWG aus. Wollte man die öffentliche Zweckbestimmung auf den Gemeingebrauch einschränken, so müßte der Wegeeigentümer bei der Einräumung von Sondernutzungen zumindest ein Mitspracherecht besitzen; denn Sondernutzungen beträfen dann das von der Zweckbestimmung insoweit unberührte Wegeeigentum und die Wegebehörde wirkte allenfalls aus sicherheitsrechtlichen Gründen mit, um den ungestörten Gemeingebrauch zu gewährleisten¹⁾. Weder das StrWG noch die anderen Wegegesetze, abgesehen von zwei Ausnahmen²⁾, sehen jedoch eine Mitwirkung des Wegeeigentümers bei der Gestattung von Sondernutzungen vor³⁾.

Schließlich kann sich keine wegerechtliche Untersuchung der Probleme davor verschließen, daß die öffentliche Straße heute tatsächlich mehr Funktionen erfüllt als nur die, dem eingeschränkten Gemeingebrauch zu dienen. Wer "die öffentliche Zweckbindung auf den Gemeingebrauch und damit im Ergebnis auf die Verkehrsbedürfnisse beschränkt, verleugnet einen tiefgreifenden Wandel des Wegewesens"⁴⁾. Wenn auch die Widmung im Einzelfall ausdrücklich nur zum Straßenverkehr erfolgen wird, so schafft sie doch stets die rechtliche Grundlage für die Benutzung der Straße zu Sondernutzungen, mag sich auch die unmittelbare rechtliche Zulässigkeit der konkreten Sondernutzung erst aus der Sondernutzungserlaubnis, die ja die besonderen örtlichen und zeitlichen

-
- 1) Rein wegerechtlich hätte hier der Wegeherr überhaupt keine Möglichkeit, die Genehmigung sondergebräuchlicher Nutzungen, die dem Gemeinwohl zuwiderlaufen, zu verhindern; ebenso Hardinghaus, Sachherrschaft S. 27.
 - 2) Berlin und Bremen; siehe oben S.16 bis 17.
 - 3) Volkmar, Grundzüge S. 131 bis 132 bezeichnet daher - vom Standpunkt seiner Meinung aus folgerichtig - die Wegegesetze insoweit als dogmatisch inkonsequent.
 - 4) So Köttgen, Daseinsvorsorge S. 28 und ihm folgend Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, S. 111.

Gegebenheiten berücksichtigen muß, ergeben¹⁾.

Es ist Böttcher zuzugeben, daß es mit den überkommenen wegerechtlichen Kategorien sehr schwierig ist, abzugrenzen, welche Sondernutzungen noch der öffentlichen Zweckbestimmung unterstehen und welche von ihr nicht mehr erfaßt werden. Die genaue Fixierung des Umfanges der öffentlichen Zweckbestimmung ist das zentrale Problem der Abgrenzung des öffentlichen vom bürgerlichen Recht bei den Sondernutzungen und damit der Festlegung etwa verbliebener Rechte aus dem Wegeeigentum. Es gibt keine normierten Abgrenzungsmerkmale. Auch die Lehre hat noch keine allgemein gültigen und unbestrittenen Merkmale entwickelt²⁾. Die Wegegesetze haben die Schwierigkeiten nicht verringert, sondern eher noch vergrößert³⁾. Sie unterlassen es nicht nur, den Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung abzugrenzen, sondern sie trennen das öffentliche vom privaten Recht nach dem im Wegerecht neuen

1) Es ist entgegen Böttcher nicht einzusehen, warum ein "subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer Sondernutzung einzuräumen" sei, wenn die öffentliche Zweckbestimmung auch Sondernutzungen erfaßt. Aus allgemeinen wegerechtlichen Gesichtspunkten folgt dies nicht; es ist ja sogar höchst umstritten, ob ein klagbarer Anspruch auf Teilnahme am Gemeingebrauch besteht (vgl. hierzu für viele Forsthoff Lehrbuch I S. 362 f.). Der gesetzliche Erlaubnisvorbehalt für Sondernutzungen und deren freie Widerruflichkeit (Art. 18 Abs. 1 und 2 StrWG) zeigen, daß der Einzelne gerade keinen Rechtsanspruch auf Gestattung einer bestimmten Sondernutzung besitzen soll (vgl. Wolff, Lehrbuch I S. 406; unberührt bleibt der Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Verwaltungsermessens; vgl. hierzu zuletzt Urteil des VGH vom 2. 8. 1967, BayVBl. 1968/105). Aus diesem Grund besteht auch keine Verpflichtung des Wegeherrn, die baulichen Voraussetzungen für eine Sondernutzung zu schaffen, ebensowenig wie es einen Anspruch gegen den Wegeherrn gibt, eine Straße zur Ausübung des Gemeingebrauches zu errichten.

2) Siehe die Darstellung über den Stand der Meinungen im zweiten Kapitel des ersten Hauptteiles.

3) Ring, Der öffentliche Weg, S. 116 und Stürner, Gestaltungsformen, S. 41, bedauern zu Recht, daß auch das StrWG die alte Streitfrage nicht gelöst habe, ob der Wegeeigentümer bei der Gestattung von Sondernutzungen mitzuwirken habe. Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 52 und S. 56, hält den Wegegesetzen vor, sie seien nicht konsequent und ihre Fortschrittlichkeit sei bescheiden.

Abgrenzungsmerkmal der Gemeinverträglichkeit, das primär dem Sicherheitsrecht angehört¹⁾.

Im Ergebnis ist sonach zur Einräumung von Sondernutzungen, die die öffentlichen Belange der Straßenbenutzer berühren, die Erlaubnis des öffentlichrechtlichen Wegeherrn erforderlich und genügend. Die Widmung räumt dem Wegeherrn das ausschließliche Recht ein, solche Sondernutzungen zu gestatten²⁾. Den Interessen des Wegeeigentümers ist in ausreichender Weise Rechnung getragen; denn die Widmung setzt voraus, daß der Straßenbaulastträger das dingliche Recht hat, über die Wegefläche zu verfügen oder daß der Eigentümer oder die sonst dinglich Berechtigten der Widmung zugestimmt haben³⁾. Bei der ersten Alternative, dem Regelfall, würde die Berufung des Wegeherrn auf seine Eigentümerstellung ein *venire contra factum proprium* darstellen. In den anderen Fällen erstreckt sich die Zustimmung des Wegeeigentümers zur Widmung auf alle Nutzungen im Rahmen der Zweckbestimmung der öffentlichen Straße, zu denen auch die Sondernutzungen gehören. Einer Beeinträchtigung der Rechte des Eigentümers steht hier

1) Siehe hierzu das dritte Kapitel des ersten Hauptteiles.

Auch aus diesem Grund versucht die Arbeit, ein neues, w e g e r e c h t l i c h e s Abgrenzungsmerkmal zu finden.

2) Ebenso Spanner, Grenzen, S. 13, Weber, Bericht, VVDStL 21/145, 153; zweifelnd Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauches und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Gieseke, S. 85. - Deshalb kann Zippelius, Grundfragen, DÖV 1958/838, 846 nicht zugestimmt werden, wenn er ausführt, die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Erlaubnis seien erforderlich, wenn die Benutzung die öffentliche Zweckbestimmung gefährde u n d auch in die verbliebenen privaten Befugnisse des Eigentümers eingreife. Sobald nämlich die öffentliche Zweckbestimmung im Spiele ist, ist für verbleibende bürgerlichrechtliche Befugnisse kein Raum mehr. Wie oben dargelegt wurde, ist insoweit die privatrechtliche Befugnis in Gänze ausgeschaltet. Daher können in diesem Fall Rechte des Eigentümers nicht berührt sein; dessen Erlaubnis braucht nicht eingeholt zu werden.

3) So Art. 6 Abs. 3 StrWG und die entsprechenden Vorschriften in den anderen Landesstraßengesetzen.

der Grundsatz "volenti non fit iniuria" entgegen¹⁾.

Hardinghaus²⁾, der die hier dargestellte herrschende Lehre als "Theorie der beschränkt³⁾ öffentlichen Sache"⁴⁾ bezeichnet, gewinnt das gleiche Ergebnis, indem er dem durch die Widmung zugelassenen Gemeingebrauch den "Publikumsgebrauch"⁵⁾ als eine Art öffentlichrechtlichen de-facto-Gemeingebrauches an die Seite stellt. Die öffentlichen Sachen seien heute in allen ihren "Nutzbarkeiten" wirkliche öffentliche Sachen; sie seien über dem durch die Widmung bestimmten Gemeingebrauch hinaus jeglichem öffentlichen Gebrauch eröffnet⁶⁾. Der Publikumsgebrauch werde zwar nicht von der Widmung erfaßt, wohl aber vom umfassenderen öffentlichen Sachzweck⁷⁾, der die öffentliche Sache in vollem Umfange ausfülle⁸⁾. Sowohl im Bereich des Gemeingebrauches als auch im Rahmen des "Publikumsgebrauchs" habe der öffentliche Sachherr heute alle Nutzungen der öffentlichen Sache zu kontrollieren und zu regeln⁹⁾; daher sei in beiden Bereichen kein Raum für eine Mitbestimmung durch den Wegeeigentümer. Der öffentliche Sachherr habe eine "subsidiäre Generalvollmacht" zur Verfolgung

1) Damit soll noch keine Aussage gemacht sein über die Sondernutzungen nach bürgerlichem Recht oder über die Rechte zur Benutzung des Eigentums an öffentlichen Straßen. Diese Rechtsfiguren sind im anschließenden Kapitel näher zu untersuchen.

2) Sachherrschaft S. 109 ff.

3) Beschränkt öffentlich seien die öffentlichen Sachen deshalb, weil ihre Öffentlichkeit auf den Widmungszweck limitiert sei, die Sachen im übrigen aber der privaten Nutznießung belassen blieben (Hardinghaus aaO S. 34).

4) AaO S. 34 f.

5) Hardinghaus aaO S. 111.

6) Hardinghaus aaO S. 110.

7) Hardinghaus aaO S. 111.

8) Stern (Mitbericht VVDStL 21/183 ff.) versteht die Widmung als Organisationsakt, durch den die öffentliche Sache voll und ganz in den öffentlichrechtlichen Status überführt werde (S. 198 ff.). Das Privatrecht besitze nur noch die statistische Position, die Sache nicht zur res nullius werden zu lassen (S. 203). Die herrschende Lehre, die die öffentliche Sache als privatrechtliche mit "aufgepfropften öffentlichrechtlichen Schranken" verstehe, lehnt er ab (S. 198). Die Öffentlichkeit der Sache dürfe sich nicht nach dem Umfang der Zweckbestimmung richten. Insoweit unterscheidet er sich zwar nicht im Ergebnis, wohl aber in der juristischen Begründung von Hardinghaus.

9) Hardinghaus aaO S. 116.

des Gemeinwohls¹⁾, die zur Vermeidung übergroßer Machtfülle allerdings stets nur zur Erreichung des speziellen Sachzwecks einer öffentlichen Sache ausgeübt werden dürfe²⁾. Damit schaltet Hardinghaus das bürgerliche Recht aus, soweit der Sachzweck reicht. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Er begründet dieses Resultat allerdings mit der "Generalvollmacht" des Wegeherrn zur Kontrolle sämtlicher Nutzungsformen an einer Straße. Auf solche sicherheitsrechtlich gefärbten Gesichtspunkte braucht indes nicht zurückgegriffen zu werden; der Wegezweck, der sich aus den Grundfunktionen einer Straße ergibt, ist für sich allein schon voll und ganz geeignet, öffentliche Benutzungsformen von privaten Rechten abzugrenzen. Hierauf werden wir im vierten Kapitel des ersten Hauptteils noch zurückkommen.

4.) Zusammenfassung.

Festzuhalten ist daher: Die dualistische Konstruktion der öffentlichen Straße auf der Grundlage der Kongruenz von Gemeingebräuch und öffentlicher Zweckbestimmung einerseits und Sondergebrauch und bürgerlichrechtlichem Wegeeigentum andererseits ist aufgegeben. Durch die Einengung des Gemeingebräuches sowie durch die Unterstellung der meisten Sondergebrauchsarten unter die umfassende Zweckbestimmung der öffentlichen Straße wurde der Bereich öffentlichrechtlicher Sondernutzungen erweitert und der Geltungsbereich des bürgerlichen Rechts eingeschränkt. Die verstärkte hoheitlichen Überwachung des Straßenverkehrs führte zu einer weiteren Beschränkung bürgerlichrechtlicher Nutzungsformen. Bürgerlichrechtlich ist heute nur noch ein kleiner Kreis gemeinverträglicher Sondernutzungen (Art. 22 StrWG). Das Wegeeigentum hat seine rechtliche Bedeutung fast ganz verloren; es ist praktisch nur noch ein nudum ius.

1) Hardinghaus aaO S. 122.

2) Hardinghaus aaO S. 123 ff. und 126.

Die dualistische Natur der öffentlichen Straße ist nur noch innerhalb der Sondernutzungen schwach erkennbar¹⁾. Aufgabe des nun folgenden Kapitels ist es, festzustellen, wo nunmehr die Grenze zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Bereich der Sondernutzungen verläuft. Hierbei sind auch die Versuche darzustellen, das in Unordnung geratene System der Wegebenutzungsarten dogmatisch wieder zu festigen.

1) Der heute herrschenden publizistischen Theorie bescheinigt Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 S. 571, daß sie die stärkeren Argumente für sich habe. Zippelius schreibt in seinem Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1962 in Münster, DÖV 1962/815, 821: "Für öffentliche Sachen, die sich zu einem 'Mehrzweckinstitut' entwickelt haben, wäre es sachgerecht, die öffentlichrechtliche Zweckbestimmung von vornherein auch auf Sondernutzungen zu erstrecken. Dann bemäße sich deren Vergabe ausschließlich nach öffentlichem Recht, weil alle Eigentümerrechte, in die sie eingreifen könnte, vorweg aus dem Feld geräumt wären". Siehe zur Rechtfertigung der publizistischen Theorie ferner Forsthoff, Lehrbuch I S. 366, Wolff, Lehrbuch I S. 406, Malzer, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, S. 25, Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 27, Spanner, Grenzen, S. 13 bis 14 und Thoma, Gasröhrenkonzession, AöR 38/307, 317.

Z w e i t e s K a p i t e l

DER UNTERSCHIED ZWISCHEN DER SONDERNUTZUNG NACH ÖFFENTLICHEM RECHT UND DER NACH BÜRGERLICHEM RECHT.

Da im modernen bayerischen Wegerecht der Dualismus nurmehr im Bereich der Sondernutzungen erkennbar wird, spitzt sich das Thema auf die Frage zu, welcher dogmatischer Unterschied heute zwischen öffentlichrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Sondernutzung besteht. Bereits über die Vorfrage, was die neuen Wegesetze unter einer Sondernutzung verstehen, herrscht in der Literatur Uneinigkeit, die die Erfassung der eigentlichen Probleme erschwert. Diese Frage ist vorweg zu klären, um feststellen zu können, ob eine echte wegerechtliche Sondernutzung nach bürgerlichem Recht dogmatisch überhaupt denkbar ist. Dies verneinen vor allem Schack¹⁾, Marschall²⁾ und Eiser-Riederer-Sieder³⁾. Ihre Auffassung, das bayerische Recht hebe sich in diesem Bereich von der herrschenden Lehre ab, die die bürgerlichrechtliche Straßenbenützung als eine wegerechtlich irrelevante, nur vom Eigentum am Straßengrund her zu erfassende Rechtsbeziehung ansehe, bedarf näherer Untersuchung. Sofern es eine echte Sondernutzung nach bürgerlichem Recht gibt, ist zu klären, woraus sich die Befugnis zu ihrer Gestattung herleitet. Erst diese Untersuchung erlaubt Schlußfolgerungen auf den wahren Unterschied zwischen beiden Sondernutzungsarten.

I. Das Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung.

Das StrWG versteht unter Sondernutzung die Benutzung eines Weges außerhalb des Gemeingebrauches. Es bedarf daher zunächst der Klärung des Begriffes Gemeingebrauch nach neuem Recht.

1) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 45 Fußnote 13.

2) Kommentar zum FStrG, § 8 Anm. 1 (S. 298).

3) Energiewirtschaftsrecht, Loseblattkommentar, Abschnitt V (Wege) S. 38.

Bis zum Erlaß der neuen Wegegesetze wurde allgemein¹⁾ unter Gemeingebrauch die jedemmann zustehende Befugnis verstanden, eine öffentliche Straße ohne besondere Zulassung im Rahmen der Widmung zum örtlich üblichen²⁾ Gebrauch zu benutzen. Im Gegensatz dazu haben die Wegegesetze den Gemeingebrauch eingeengt auf Nutzungen der Straße zum Verkehr im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften³⁾. Heute kommt es nicht mehr auf das früher maßgebliche Kennzeichen der Gemeinüblichkeit des Gebrauchs an. Stattdessen ist nunmehr entscheidend, ob die Nutzung dem Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung⁴⁾ dient⁵⁾. Jede Straßennutzung, die aus dem Rahmen des Verkehrszweckes herausfällt, ist auch dann kein Gemeingebrauch mehr, wenn sie früher gemeinüblich war⁶⁾. So gehört nun z.B. der weite Bereich gewerblicher

1) Vgl. für viele Forsthoff, Lehrbuch I S. 361, Wolff, Lehrbuch I S. 397 und Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 1.

2) Von der Gemeinüblichkeit war bereits oben auf S. 7 die Rede.

3) Diese Einengung findet sich wieder in den Definitionen in § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG, § 8 Abs. 2 BerlStrG, § 16 Abs. 1 Satz 2 HambWG, § 14 Abs. 1 Satz 1 NdsStrG, § 14 Abs. 1 Satz 1 NRWStrG, und § 20 Abs. 1 Satz 1 SHStrWG. Abweichend: § 15 Abs. 1 Satz 1 BWStrG, § 1 Abs. 1 Bremer StrO, § 14 Satz 1 HessStrG, § 34 Abs. 1 Satz 1 RPLStrG und § 14 Abs. 1 Satz 1 SaarlStrG. Über die Einzelheiten dieser Abweichungen siehe unten S. 74 Fußnote 2.

4) Der mit Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung S. 96, als Verkehr im engeren Sinn bezeichnet werden soll.

5) Vgl. Marschall, FStrG § 7 Anm. 2 (S. 239). Näher hierzu unten S. 73 f.

6) Diese Einschränkung hat durchaus nicht ungeteilte Zustimmung gefunden; ablehnend äußert sich z.B. v. Eisenhart-Rothe, Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Straßen- und Wege-rechts, BE 1959/1192, 1195. Schneider, Gemeingebrauch ohne Anliegnernutzung?, WRP 1959/213, 215, nennt die Regelung sogar "sachlich unnötig, wirtschaftlich verfehlt und rechtlich bedenklich". Vgl. hierzu auch Schack, Bemerkenswertes aus dem Hamburgischen Wegegesetz vom 4. April 1961, DVB1 1961/897, 900. Rechtliche Bedenken könnten sich vor allem aus Art. 31 Grundgesetz ergeben, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, das frühere Gewohnheitsrecht hinsichtlich des Gemeingebräus habe sich bundeseinheitlich entwickelt und gehe daher Länder-regelungen vor. Wie sehr sich die Rechtsprechung bemüht, die für die Straßenanlieger unangenehmen Folgen dieser Einschränkung (Sondernutzungsgebühr) zu mildern, zeigt z.B. das Urteil des OVG Münster vom 29. 8. 1968, DB 1969/1836, in dem ausge-führt ist, das Anbringen einer acht Zentimeter tiefen Werbe-tafel sei kein "Gebrauch" der Straße. Anders noch VGH-Urteil vom 4. 7. 1962 (BayVBl. 1962/284), nach dem eine 9 cm tiefe Leuchtschrift eine Sondernutzung ist.

Betätigung auf der Straße zu den Sondernutzungen¹⁾. Eine weitere Einschränkung des Gemeingebrauches folgt aus dem Postulat der Gemeinverträglichkeit²⁾ einer Nutzung. In Art. 14 Abs. 3 Satz 1 StrWG³⁾ hieß es hierzu:

"Gemeingebrauch liegt nicht mehr vor, wenn der Gemeingebrauch anderer ausgeschlossen oder mehr als unvermeidbar beschränkt wird".

Somit fällt nach Art. 14 StrWG nicht unter den Gemeingebrauch:

- die Straßenbenutzung außerhalb des durch die Widmung gezogenen Rahmens,
- die Straßenbenutzung zu anderen als Verkehrszwecken⁴⁾,
- die Straßenbenutzung außerhalb der Verkehrsvorschriften,
- die Straßenbenutzung unter Beeinträchtigung des Gemeingebrauches Dritter über das sich aus der Natur der Sache ergebende sozialadäquate Maß⁵⁾ hinaus⁶⁾.

Neben diesem eingeeengten Gemeingebrauch steht die Sondernutzung als die einzige darüberhinaus denkbare Form der Straßenbenutzung. "Das Gesetz hat für alle diese anderen Benützungsarten den Sammelbegriff der "Sondernutzung" gewählt"⁷⁾. Das Wesentliche an der jetzigen bayerischen Regelung ist also, daß "die nicht gemeingebrauchliche Benützung des Straßenraumes immer Sondernutzung im

1) Vgl. für viele Kodal, Straßenrecht S. 252.

2) Dieser Begriff geht nach Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit, Festschrift für Gieseke S. 83 Fußnote 27, zurück auf Petersen, Grundprinzipien (S. 74 ff.).

3) Diese Vorschrift ist in die Neufassung des StrWG vom 25. 4. 1968 (GVBl S. 64) nicht mehr aufgenommen worden, weil sie rein deklaratorischen Charakter hatte. Eine sachliche Änderung des Wegerechts ist damit nicht verbunden (vgl. die Amtliche Begründung zum 2. StrWändG, 6. Legislaturperiode Beilage 447 S. 14).

4) Schneider, Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung?, WRP 1959/213, 216 möchte, daß diese Beschränkung des Gemeingebrauches aus den Gesetzen gestrichen wird, da sie "aus keinem ersichtlichen Gesichtspunkt" zu rechtfertigen sei.

5) Näher hierzu unten S.55f.

6) Die ausdrückliche Aufnahme des Merkmals der Gemeinverträglichkeit in das StrWG ging auf den Wunsch der Großstädte zurück die damit das Dauerparken vom Gemeingebrauch ausschließen wollten; vgl. Groebe, Bayern kodifiziert sein Wegerecht, DÖV 1958/833, 835.

7) Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 4.

straßenrechtlichen Sinne ist"¹⁾. Aus der Ausschließlichkeit der beiden Nutzungsformen ergeben sich Inhalt und Wesen der Sondernutzung dahin, daß sie Gebrauch der Straße über den Gemeingebrauch hinaus ist, wie dies in Art. 18 Abs. 1 StrWG niedergelegt ist. Das Gesetz wählt die Form einer Legaldefinition, deren einziges Merkmal der Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus ist. Weitere Begriffsmerkmale sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Insbesondere gehört zum Begriff der Sondernutzung nach dem StrWG nicht zwangsläufig, daß sie den Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigt²⁾. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches Dritter der Sondernutzung nicht immanent ist; denn er hat in Art. 22 Abs. 1 StrWG den Fall eines Gebrauchs "über den Gemeingebrauch hinaus" geregelt, der den Gemeingebrauch **n i c h t** beeinträchtigt, und die Vorschrift mit der amtlichen Überschrift "Sondernutzung - nach bürgerlichem Recht" versehen. Die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches ist für den Gesetzgeber nur ein Anhaltspunkt dafür, welche **A r t** von Sondernutzung vorliegt, nicht jedoch dafür, ob eine solche überhaupt gegeben ist. Art. 18 Abs. 1 StrWG beinhaltet nur einen Unterfall der Sondernutzung. Daneben gibt es noch eine Sondernutzung, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt³⁾.

- 1) Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 2; ebenso Zimniok, Art. 14, Vorbemerkung vor den Erläuterungen, Kodal, Straßenrecht, S. 567.
- 2) A. A. Marschall, FStrG, § 8 Anm. 1 (S. 297), der sich auf v. Dassel, Das Wegegelande und sein Recht, FiZschr 76/1, 20, auf Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DOV 1960/444, 446 bis 447 und auf die Entscheidung des BVerwG vom 14.3.1957 (BVerwGE 4/342 = NJW 1957/962) beruft.
- 3) Die Feststellung Marschalls, FStrG, § 8 Anm. 1 (S. 297) und Malzers, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung S. 25 u. 26, die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches sei "in Art. 18 StrWG als eine gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung" der Sondernutzung normiert, steht dem nicht entgegen. Beide sprechen nur von der Sondernutzung nach Art. 18 StrWG, mithin von der öffentlichrechtlichen Sondernutzung. Eberhart, Sondernutzungen nach dem Bundesfernstraßengesetz, zitiert Marschall insoweit ungenau. Der zur Regelung des § 8 Abs. 1 FStrG vertretenen Auffassung von Marschall aaO, Jesch, Der Gemeingebrauch, Korreferat, JuS 1963/213, 218, Schmidt-Tophoff, Reklame, DVBl. 1970/17, 21, Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 148 Fußnote 482 und Volkmar, Grundzüge, S. 57 ff., die Sondernutzung beeinträchtigt den Gemeingebrauch in jedem Fall, kann in dieser allgemeinen Form für das bayerische Recht nicht gefolgt werden.

Für diese Auffassung spricht ferner, daß das Gesetz an anderen Stellen die Sondernutzung mit derselben Definition wie in Art. 18 Abs. 1 StrWG ohne weiteren Zusätze umschreibt. So beginnt Art. 11 Abs. 2 StrWG:

"Hat der bisherige Eigentümer die Straße berechtigterweise über den Gemeingebrauch hinaus benützt (Sondernutzung), so"

wie auch Art. 50 Satz 1 StrWG a.F.¹⁾ lautete:

"Die Gemeinden können die Benutzung der Gemeindestraßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) abweichend von den Art. 18, 19 und 22 Abs. 1 regeln"

und Art. 56 Abs. 2 StrWG a.F.¹⁾ bestimmte:

"Die Benutzung der sonstigen öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) regelt sich ausschließlich nach bürgerlichem Recht".

Somit ist festzuhalten, daß wenigstens nach bayerischem Recht²⁾ das Wesen der Sondernutzung ausschließlich dadurch umschrieben ist, daß sie Gebrauch der Straße über den Gemeingebrauch hinaus ist³⁾. Die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches Dritter dient nur als Merkmal zur Abgrenzung der öffentlichrechtlichen von der bürgerlichrechtlichen Sondernutzung.

-
- 1) Die Neufassungen der Art. 50 S. 1 und 56 Abs. 1 beruhen auf redaktionellen, nicht auf sachlichen Änderungen; vgl. die Amtliche Begründung zu § 1 Nr. 36 und § 1 Nr. 43 des 2. StrWändG, 6. Legislaturperiode Beilage 447 S. 17 und 19.
 - 2) Über die Rechtslage nach dem FStrG und den ihm folgenden Länderstraßengesetzen siehe unten S. 36 ff.
 - 3) Auch Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 62 weist darauf hin, daß für die Kennzeichnung einer Sondernutzung das Merkmal des Gebrauches über den Gemeingebrauch hinaus von der Literatur und im allgemeinen auch von der Rechtsprechung als entscheidend angesehen werde.

Da alle Nutzungsformen, die nicht dem Gemeingebrauch zugehören, Sondernutzungen sind, ist deren Tatbestandsmerkmal, der Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus, in einem sehr weiten Sinn aufzufassen. Zu den Sondernutzungen gehören nicht nur die Gebrauchsarten, die die Straße in stärkerem Maße beanspruchen als der Gemeingebrauch, sondern auch solche, die der Intensität nach zwar dem Gemeingebrauch gleichstehen, jedoch nicht zum Zwecke des Verkehrs stattfinden. "Über den Gemeingebrauch hinaus" bedeutet vertikal gesehen: in intensiver als gemeingebrauchlicher Weise, und horizontal gesehen: in anderer als gemeingebrauchlicher Art und Weise.

II. Die rechtliche Verankerung der Sondernutzung nach bürgerlichem Recht.

Wird die Sondernutzung ausschließlich durch das Merkmal "Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus" umschrieben, so muß eine Straßennutzung außerhalb des Gemeingebrauchs, die diesen nicht beeinträchtigt, angesichts der dualistischen Struktur unseres Wegerechts echte Sondernutzung nach bürgerlichem Recht sein. Dies wird in der Literatur teilweise heftig bestritten. Im wesentlichen lassen sich drei Auffassungen feststellen, die nicht unerheblich voneinander abweichen: Der bayerischen Rechtstradition steht einerseits die Lehre Schacks vom Wesen der Sondernutzung¹⁾ und andererseits die Sondernutzungsregelung des FStrG²⁾ gegenüber.

1.) Das bayerische Recht.

Art. 22 Abs. 1 StrWG bestimmt:

"Die Einräumung von Rechten zur Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt werden kann."

1) Dargestellt in: Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43 ff.

2) Dem die Mehrzahl der Landesstraßengesetze folgt, so daß diese Regelung als die zur Zeit am meisten verbreitete anzusehen ist.

Die Vorschrift knüpft an das frühere bayerische Wegegewohnheitsrecht an¹⁾, wie es der BayVGh in seiner Entscheidung vom 18. 9. 1952²⁾ zusammenfassend dargestellt hatte. In diesem Urteil ist ausgesprochen, daß Nutzungen an öffentlichen Gemeindewegen³⁾, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, solche des öffentlichen oder solche des privaten Rechts sein könnten⁴⁾:

"Da es sich beim Recht des Gemeingebrauches nach ständiger Rechtsprechung des Bayer. Verwaltungsgerichtshofes um eine Norm des öffentlichen Rechts handelt, die dem verwaltungsgerichtlichen Schutz unterstellt ist, wird jede an einem gemeindlichen öffentlichen Weg eingeräumte Sondernutzung, die eine E i n s c h r ä n k u n g des Gemeingebrauches zur Folge hat, insoweit dem öffentlichen Recht angehören. Nutzungen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, diesen aber n i c h t berühren, insbesondere nicht beeinträchtigen, sind jedoch nach bayerischer Rechtsauffassung seit jeher nur dann als dem öffentlichen Recht unterworfen erachtet worden, wenn die Gemeinde insoweit die Benutzung ihrer öffentlichen Wege - wie ihres sonstigen Eigentums, ihrer sonstigen Unternehmungen und Einrichtungen - ausdrücklich dem öffentlichen Recht unterstellte." 5)

1) Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 5.

2) Nr. 124 IV 50, abgedruckt nur in BayBgm 1953/164; siehe auch das Urteil des BayObLG in Strafsachen vom 13. 11. 1928 (BayVBl. 1929/27).

3) Für die anderen Straßenarten gilt nichts Abweichendes; denn die Entscheidung stellt für die Unterscheidung zwischen Sondernutzungen nach öffentlichem und nach privatem Recht keine Besonderheiten für Gemeindewege heraus.

4) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 30 und Art. 22 RdNr. 2, Zimniok, Art. 18 Anm. 3. A. A. für das Bundesrecht Marschall, FStrG, § 8 Anm. 11 (S. 335): "In diesen Fällen (der gemeinverträglichen Sondernutzung; der Verf.) finden also die Vorschriften über Sondernutzungen keine Anwendung"; ebenso Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 59 ff. Spanner, Grenzen, stellt zwar (S. 11) fest, daß es im bayerischen Recht Sondernutzungen nach privatem Recht gebe, teilt diesen Rechtsstandpunkt jedoch nicht, wie sich insbesondere aus der Bemerkung (S. 16) ergibt, es lasse sich die erfreuliche Feststellung treffen, daß das FStrG und das neue bayerische StrWG hier einen Weg eingeschlagen hätten, der ebenso einer klaren Systematik wie den praktischen Bedürfnissen Rechnung trage, indem der Gesetzgeber die Frage der Sondernutzung grundsätzlich dem öffentlichen Recht zuweise. Dem ist insoweit zuzustimmen, als das StrWG trotz der Beibehaltung der Unterteilung in öffentlichrechtliche und bürgerlichrechtliche Sondernutzungen in der Tat einen Schritt in Richtung auf die Zuweisung des gesamten Sondernutzungsrechts zum öffentlichen Recht getan hat; siehe hierzu unten S. 49.

5) VGh aaO.

An dieser Entscheidung hat sich Streit entzündet. So meint Schack¹⁾, ohne dies näher zu begründen, dem Urteil komme eine Sonderstellung zu, weil es auf einer irrtümlichen Auslegung des bayerischen Rechts beruhe. Auch Eiser-Riederer-Sieder²⁾ kritisieren die Entscheidung dahin, daß ihr keine allgemeine Gültigkeit zuerkannt werden könne. Die Grundsätze des Urteils beruhten "in erster Linie auf der positiven gesetzlichen Regelung der Bayerischen Gemeindeordnung unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung"³⁾. Schon aus diesem Grund könnten aus dem Urteil - abgesehen davon, daß es die fortschreitenden Erkenntnisse der Wissenschaft und neuere Judikatur überhaupt nicht würdige - Folgerungen in allgemeiner Hinsicht nicht gezogen werden⁴⁾. Eine Erläuterung ihrer Ansicht geben die Autoren nicht.

Wir hatten gesehen⁵⁾, daß das bayerische Recht, das ursprünglich auf der rein privatrechtlichen Sondernutzungstheorie aufgebaut war⁶⁾, schon vor Erlaß des StrWG dahin weiterentwickelt worden war, daß bei der Einräumung von Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch beeinträchtigen, öffentliches Recht anzuwenden ist. Für Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch nicht berühren, war es freilich bei der ursprünglichen privatrechtlichen Betrachtungsweise geblieben, da insoweit eine öffentlichrechtliche Regelung nicht geboten war. Das VGH - Urteil beruht somit in der Tat auf der historischen Entwicklung des bayerischen Rechts⁷⁾.

-
- 1) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 45 Fußnote 13. Dieser Streit ist nicht, wie Kodal, Straßenrecht S. 571, offenbar meint, nur ein terminologischer. Das sollen die weiteren Ausführungen zeigen.
 - 2) Energiewirtschaftsrecht, Abschnitt V (Wege) S. 38.
 - 3) Eiser-Riederer-Sieder aaO.
 - 4) Eiser-Riederer-Sieder aaO.
 - 5) Oben S. 11ff.
 - 6) Ähnlich Müller-Engelhardt, Grenzgebiete zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht, ElWirtsch 1953/287, 290.
 - 7) Die von Eiser-Riederer-Sieder angesprochene Regelung der bayerischen GO betrifft die Befugnis der Gemeinden, die Benutzung der Gemeindestraßen durch Satzung ausdrücklich zu regeln (vgl. Art. 44 Abs. 1 GO 1927). Darauf ist weiter unten (S. 124 ff.) noch einzugehen.

Mit dieser Feststellung ist gleichzeitig Schack widerlegt, der sie als Ausnahmefall der Rechtsprechung charakterisieren möchte¹⁾. Zum besseren Verständnis der Kritik Schacks muß man sich mit seiner Auffassung über das Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung, die zum bayerischen Recht im Widerspruch steht, näher befassen²⁾.

2.) Die Lehre Schacks.

Ausgangspunkt der Lehre Schacks ist die heute vorherrschende Ansicht³⁾, daß die öffentliche Zweckbestimmung eines Weges über den Gemeingebrauch hinausgeht⁴⁾. Insoweit besteht Übereinstimmung mit dem bayerischen Wegerecht. Im weiteren Verlauf trennen sich jedoch die These Schacks und das bayerische Recht. Kernpunkt seiner Auffassung ist, daß eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung zwangsläufig die öffentlichen Funktionen der Wegeaufsichtsbehörde und des Wegeunterhaltungspflichtigen berühre - der Wegeaufsichtsbehörde, weil die besondere Benutzung den von ihr zu schützenden Gemeingebrauch störe oder doch stören könne, des Wegeunterhaltungspflichtigen, weil die Sondernutzung geeignet sei, auf den Zustand des Weges nachteilig einzuwirken oder erhöhte Unterhaltskosten entstehen oder erwarten zu lassen. Darum sei es nach der allgemeinen Auffassung im Verwaltungs- und Wegerecht von jeher rechtens gewesen, daß bei der Sondernutzung die Wegebehörden mitzusprechen hätten, wie denn auch nach der Regelung im Fernstraßengesetz die Sondernutzung der Erlaubnis der Straßenbaubehörde bedürfe. Wäre das öffentliche Interesse nicht berührt, würde der öffentlichrechtlichen Genehmigung jeder Grund fehlen⁵⁾. Sollten entgegen der Überzeugung Schacks Nutzungen an einer Straße denkbar sein, die

1) Das rechtliche Wesen aaO. Der VGH spricht in dieser Entscheidung davon, daß Nutzungen, die den Gemeingebrauch nicht berühren, "nach bayerischer Rechtsauffassung seit jeher" nur über eine Gemeindesatzung dem öffentlichen Recht unterstellt werden könnten.

2) Die folgenden Ausführungen geben auch in etwa die Auffassung des Kommentars von Eiser-Riederer-Sieder wieder.

3) Vgl. oben S. 13.

4) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 62.

5) Schack aaO.

In Bayern gibt es daher wegerechtlich zwei Stufen der Berührung öffentlicher Interessen: einmal die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches, die eine öffentlichrechtliche Regelung erforderlich macht, zum anderen die Berührung öffentlicher Belange ohne Beeinträchtigung des Gemeingebrauches, die nach Art. 22 Abs. 1 StrWG eine bürgerlichrechtliche Regelung erlaubt, obwohl es sich um eine echte wegerechtliche Sondernutzung handelt.

3.) Die Regelung des Bundesfernstraßengesetzes.

Die dargestellte Regelung des StrWG über die Sondernutzung nach bürgerlichem Recht hat keine Nachahmung gefunden. Dagegen sind der hiervon abweichenden Sondernutzungsregelung des FStrG die meisten Landesstraßengesetze¹⁾ nachgebildet.

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 FStrG ist unter Sondernutzung zu verstehen der Gebrauch der Bundesfernstraßen über den Gemeingebruch hinaus. Die Sondernutzungserlaubnis erteilt der öffentlichrechtliche Wegeherr. Im Gegensatz zum StrWG gibt es keine Sondernutzung nach bürgerlichem Recht. Hierzu heißt es in der Amtlichen Begründung²⁾:

"Die Sondernutzung wurde bisher sowohl als ein Institut des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts (Eigentum) angesehen. Der Entwurf regelt diese Frage im Sinne der öffentlichrechtlichen Auffassung" 3).

-
- 1) Nämlich § 23 Abs. 1 BWStrG, § 20 Abs. 1 HessStrG, § 23 Abs. 1 NdsStrG, § 23 Abs. 1 NRWStrG, § 45 Abs. 1 RPLStrG, § 22 SaarlStrG und § 28 Abs. 1 SHStrWG. Das BerlStrG, die BremerStro und das HambWG kennen keine bürgerlichrechtliche Nutzung der Straße.
 - 2) Bundestagsdrucksache Nr. 4248 der 1. Wahlperiode, zu § 8 Ziffer 2 (S. 20).
 - 3) Im Anschluß hieran stellt Bochalli, Handbuch S. 570 fest, der Gebrauch der Bundesfernstraßen zu Sondernutzungen könne nicht mehr bürgerlichrechtlich, sondern nur noch durch Verwaltungsakt geregelt werden.

Das Bundesfernstraßengesetz stimmt insoweit mit der Lehre Schacks überein; denn auch Schack leugnet die Möglichkeit bürgerlichrechtlicher Sondernutzungen. Während aber Schack das bürgerliche Recht ganz aus dem Wegerecht verbannt mit der Begründung, jede Straßennutzung außerhalb des Gemeingebraches berühre öffentliche Belange in irgendeiner Weise, kennt das FStrG in § 8 Abs. 10 eine Wegenutzung, die nach bürgerlichem Recht gestattet wird¹⁾.

Zur Erläuterung der Unterscheidung in öffentlichrechtliche Sondernutzungen und Rechte zur Benutzung des Straßeneigentums nach bürgerlichem Recht heißt es in der Amtlichen Begründung²⁾:

"Rechte zur Benutzung des Eigentums der Straße sollen, wie bisher, dann auf bürgerlichrechtlicher Grundlage eingeräumt werden, wenn durch sie der Gemeingebruch an der Straße nicht beeinträchtigt wird, somit eine öffentlichrechtliche Regelung nicht geboten ist. Dies gilt insbesondere für Versorgungsleitungen, die über dem Verkehrsraum oder im Straßenkörper liegen. In diesen Fällen finden also die Vorschriften über Sondernutzungen keine Anwendung, vielmehr bleibt die Regelung einer freien Vereinbarung zwischen Eigentümer (Träger der Straßenbaulast) und dem Benutzer (Unternehmer) vorbehalten".

Aus dieser Begründung leitet Marschall³⁾ seine Ansicht her, die Sondernutzung beeinträchtige in jedem Falle den Gemeingebruch. Sei dies nicht der Fall, so liege keine Sondernutzung vor, sondern eine Nutzung nach § 8 Abs. 10 FStrG. Zur Untermauerung seiner Auffassung zieht er die "Richtlinien über Nutzungen an Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes"⁴⁾ heran, wo es heißt⁵⁾:

-
- 1) § 8 Abs. 10 FStrG lautet: "Die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn sie den Gemeingebruch nicht beeinträchtigt, wobei eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt".
 - 2) AaO zu § 8 Ziffer 9 (S. 21).
 - 3) FStrG § 8 Anm. 1 (S. 297); ebenso Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebruch", DÖV 1960/444, 446 bis 447.
 - 4) VkB1 1961/628; abgedruckt auch bei Marschall, FStrG, Anhang C 10 (S. 735 ff).
 - 5) Ziffer I 1 Satz 1.

"Die Benutzung der Bundesfernstraßen über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung, wenn der Gemeingebrauch beeinträchtigt wird oder werden kann".

Diese Aussage ist mit dem Gesetzestext nicht vereinbar. Es ist, wie Eberhart¹⁾ zutreffend hervorhebt, ein beträchtlicher Unterschied, ob der Gesetzgeber sagt: alles, was über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist Sondernutzung, oder: alles, was über den Gemeingebrauch hinausgeht und diesen beeinträchtigt, ist Sondernutzung. Der Begriff der Sondernutzung wird bei der zweiten Fassung auf gemeingebrauchsbeeinträchtigende Nutzungen eingeschränkt. In Wirklichkeit ist er aber umfassender. Er stellt nur auf den Gebrauch "über den Gemeingebrauch hinaus" ab²⁾. In § 8 Abs. 1 FStrG steht nichts über eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs³⁾. "Wenn Marschall sagt, die Sondernutzung liege außerhalb des Gemeingebrauches und zugleich beeinträchtige sie diesen notwendigerweise, so ist das eine Behauptung, die wohl oft zutreffen mag, aber eben mit der Definition des FStrG nicht zu vereinbaren ist"⁴⁾.

Daß die Nutzungsrichtlinien vom Wortlaut des Gesetzes abweichen, resultiert m.E. daraus, daß sie nicht scharf genug die Begriffe "Beeinträchtigung des Gemeingebrauches" und "Berührung öffentlicher Belange" voneinander trennen. Es ist das Verdienst Schacks⁵⁾, den unterschiedlichen Inhalt beider Begriffe zum ersten Male klar herausgearbeitet zu haben. Wie bereits oben⁶⁾ dargestellt wurde, berührt zwar die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches stets öffentliche Belange, doch ist nicht bei jeder Berührung öffentlicher Belange der Gemeingebrauch beeinträchtigt.

1) Sondernutzungen nach dem Bundesfernstraßengesetz, BayVB1 1964/179.

2) Ebenso Luthke, Gemeingebrauch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, S. 153.

3) Ebenso Eberhart aaO.

4) So Eberhart aaO.

5) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 63 ff.

6) S. 35 bis 36.

Richtig interpretiert lautet nach § 8 Abs. 1 StrWG, daß der Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus Sondernutzung ist und die solche ein publ. öffentliche Belange berührt. § 8 Abs. 10 StrWG bedeutet dagegen den Straßengebrauch außerhalb des Gemeingebrauchs, der die öffentlichen Interessen in keiner Weise tangiert.

Unterschiedet man genau zwischen der Benutzung öffentlicher Belange und der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs, so kann der Standort der Sondernutzung nach dem FStrWG und dem StrWG zusammenfassend wie folgt bestimmt werden:

- Die Sondernutzung nach § 8 Abs. 1 StrWG umfaßt den Gebrauch der Straße über den Gemeingebrauch hinaus, der öffentliche Belange berührt, ohne daß im Einzelfall eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs vorzuliegen braucht.
- § 8 Abs. 10 StrWG erfaßt die (nach Ansicht der theoretisch Denkenden) Straßennutzungen, die öffentlichen Interessen überhaupt nicht berühren¹⁾.
- Die öffentlichrechtliche Sondernutzung nach Art. 10 StrWG umfaßt die Straßenbenutzung, die den Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann.
- Die Sondernutzung nach bürgerlichem Recht des Art. 22 Abs. 1 StrWG meint den Straßengebrauch, der den Gemeingebrauch Dritter nicht beeinträchtigt, gleichwohl aber öffentliche Interessen aus anderen Gründen berührt.

Im Anschluß an die These Schacks²⁾ ist sonach auch für das bürgerliche Sondernutzungsrecht festzustellen, daß jeder Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus öffentliche Interessen in irgendeiner Weise berührt. Eine Straßennutzung außerhalb des Gemeingebrauchs, die wegen öffentlichen Irrelevanz gar gar ausgeschlossen

1) So Schack aaO S. 64.

2) Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/64 und 67.

der Ausmaße, die der moderne Verkehr angenommen hat, nahezu undenkbar¹⁾. Das an einer Wegefläche bestehende Privateigentum ist nurmehr ein nudum ius. Daher ist auch für die Anwendung des § 8 Abs. 10 FStrG außerhalb des Bereiches der Straßenbenutzung durch Versorgungsleitungen kaum mehr Raum. Die Vorschrift wird den heutigen wegerechtlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Zur Motivierung des Abs. 10 wird daher fast ausschließlich angeführt²⁾, sie sei auf Drängen der Versorgungswirtschaft in das Gesetz aufgenommen worden, um nicht an dem bewährten System der alten bürgerlichrechtlichen Konzessionsverträge rütteln zu müssen. So zeigt sich, daß die Vorschrift nicht so sehr auf dogmatischen Überlegungen als vielmehr auf dem Entgegenkommen des Gesetzgebers gegenüber einer Interessengruppe beruht³⁾.

Als bisheriges Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Sondernutzung nach Bundes- wie nach Landesrecht ausschließlich als Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus zu verstehen ist, der als solcher öffentliche Belange berührt. Die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches ist nur ein Fall der Berührung öffentlicher Interessen. Sie dient daher lediglich der Kennzeichnung einer Unterart von Sondernutzungen. Die Sondernutzung des Art. 22 StrWG ist im Gegensatz⁴⁾ zu der bürgerlichrechtlichen Nutzung nach § 8 Abs. 10 FStrG echte wegerechtliche Sondernutzung.

1) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 1.

2) So Marschall, FStrG, § 8 Anm. 11 (S. 335), Schack aaO S. 63, de Weldige-Cremer, Benutzung, S. 89 im Anschluß an Stern, Problematik, AöR 84/273, 290 bis 291 und Knorr, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVbl. 1958/257, 302; ebenso für die korrespondierende Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 StrWG die Amtliche Begründung zu Art. 23 Abs. 2 des Entwurfes (Beilage 2832 S. 30).

3) Daß die rechtlich einwandfreie Systematik eines so wichtigen Gesetzes den Wünschen einer Interessengruppe geopfert wurde, ist bedauerlich. M.E. hätten überwiegende Nachteile für die Versorgungswirtschaft auch unter Wahrung der dogmatischen Grundsätze des Gesetzes vermieden werden können.

4) Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß nach § 8 Abs. 10 FStrG bürgerliches Recht gilt, wenn der Gemeingebrauch Dritter tatsächlich nicht beeinträchtigt wird; vgl. OVG Münster, Urteil v. 21. 12. 1962 (DOV 1963/349, 350). Art. 22 Abs. 1 StrWG läßt dagegen bürgerliches Recht nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt werden kann; vgl. unten S. 58f.

III. Der Herr der Sondernutzung nach bürgerlichem Recht.

Haben wir sonach festgestellt, daß die Gestattung einer jeden Sondernutzung, auch einer bürgerlichrechtlichen, öffentliche Belange berührt, so liegt der Schluß nahe, daß auch die bürgerlichrechtliche Sondernutzung der öffentliche Wegeherr und nicht mehr der Wegeeigentümer gestattet. Ob dieser Schluß zutreffend ist und was damit von dem innerhalb der beiden Sondernutzungsgruppen noch erkennbaren Dualismus zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht überhaupt übrig geblieben ist, ist nunmehr zu prüfen.

Art. 22 Abs. 1 StrWG enthält im Gegensatz zu Art. 18 Abs. 1 StrWG keine Bestimmung darüber, wer die Sondernutzung nach bürgerlichem Recht gestattet. In Anlehnung an den historischen Rechtszustand¹⁾, nach dem die Befugnis, besondere Nutzungsarten außerhalb des Gemeingebrauches zu gestatten, aus dem Wegeeigentum hergeleitet wurde, wird die Auffassung vertreten²⁾, daß bürgerlichrechtliche Sondernutzungen der Eigentümer des Straßengrundes erlaube. Da das Wegerecht dem Eigentümer bereits die Befugnis zur Gestattung gemeingebrauchsschädigender Sondernutzungen entzogen habe, müsse ihm als Restrecht aus der Eigentümerstellung wenigstens die Möglichkeit verblieben sein, Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch

1) Siehe oben S. 8 ff.

2) So Zippelius, Grundfragen, DÖV 1958/838, 846; Prandl-Gillessen StrWG Art. 22 Anm. 2; Niederleithinger, Sondernutzungen an öffentlichen Straßen für Versorgungsleitungen, BayVBl. 1969/119, 120, der allerdings im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 StrWG aaO S. 122 der gegenteiligen Meinung zuneigt; Zimniok, Kommentar zum StrWG in der 1. Aufl. Dort war bei Art. 13 Anm. 3 ausgeführt: "Da das Wesen der bürgerlichrechtlichen Sondernutzung des Art. 22 Abs. 1 gerade darin besteht, den Gemeingebrauch nicht zu beeinträchtigen, wird die Ausübung des Nutzungsrechts trotz Nennung des Art. 22 Abs. 1 weitgehend dem Eigentümer verbleiben". In der zweiten und dritten Auflage hat der Autor hierzu nicht mehr Stellung genommen.

nicht beeinträchtigen, einzuräumen. In der Tat gilt für das Bundesrecht, daß das private Recht zur Benutzung des Wegeeigentums der Eigentümer des Straßengrundes einräumt¹⁾, weil insoweit eine öffentlichrechtliche Regelung nicht geboten und deshalb Raum für eine freie Vereinbarung zwischen Eigentümer und Benutzer gegeben sei²⁾.

Für das bayerische Recht hat diese Auffassung keine Gültigkeit mehr. Zwar enthält die Amtliche Begründung zum StrWG einen Passus, der auf die Gestattungsbefugnis des Wegeeigentümers hindeutet. Es heißt dort³⁾, öffentliches Recht solle nur dann Platz greifen, wenn dies der Schutz der Gemeinverträglichkeit erfordere, im übrigen könne der **S t r a ß e n e i g e n t ü m e r** nach bürgerlichem Recht über den Straßengrund verfügen. Bei näherer Betrachtung muß man aber mit Sieder⁴⁾ zu dem Schluß kommen, daß nach der Systematik des StrWG nicht der Wegeeigentümer, sondern der öffentlichrechtliche Wegeherr Sondernutzungen nach bürgerlichem Recht einräumt. Sieder⁵⁾ ist der Ansicht, die Gestattung von Sondernutzungen sei auch in den Fällen, in denen der Gemeingebrauch Dritter nicht beeinträchtigt werden kann, keine Befugnis aus dem Besitzrecht des Privateigentümers, sondern rechtfertige sich ebenfalls aus der hoheitlichen Stellung des Trägers der Straßenbaulast. Er gewinnt diese Erkenntnis aus Art. 13 Abs. 1 StrWG, nach dem die Ausübung der Rechte und Pflichten des

1) Siehe die Amtliche Begründung zu § 8 FStrG, Bundestagsdrucksache Nr. 4248 S. 21, Marshall, FStrG § 8 Anm. 11 (S. 335), Kodal, Straßenrecht, S. 580 und die Richtlinien über die Nutzungen an Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes IV Ziffer 1 (VkB1. 1961/628).

2) So die Amtliche Begründung aaO.

3) Beilage 2832 S. 30, Begründung zu Art. 23 des Entwurfes, der sachlich dem Art. 22 des Gesetzes entspricht.

4) In Sieder-Zeitler Art. 13 RdNr. 13 und Art. 22 RdNr. 1; ebenso Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht Art. 13 Anm. I 2 b, Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, der S. 215 ausführt, der verfügungsberechtigte Hoheitsträger gewähre die Sondernutzung entweder durch eine öffentlichrechtliche Ausnahmegenehmigung..... oder durch eine privatrechtliche Gestattung, und Ziegler, Müssen die Gemeinden das Überwintern von Fahrzeugen auf Gemeindestraßen dulden?, BayBgm 1964/75, 77.

5) In Sieder-Zeitler Art. 13 RdNr. 13.

Eigentümers "einschließlich der Befugnisse aus Art. 22 (Sondernutzungen nach bürgerlichem Recht)"¹⁾ dem Straßenbaulastträger in dem Umfange zusteht, wie es die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauches erfordert.

Sieder²⁾ begründet seine Auffassung damit, daß bei den bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen zwar (schon nach der gesetzlichen Voraussetzung) der Gemeingebrauch nicht berührt werden dürfe, daß aber nach der Interessenlage allein der Träger der Straßenbaulast feststellen und beurteilen könne, ob diese Voraussetzung vorliege. Auch bei der bürgerlichrechtlichen Sondernutzung werde Straßengrund (und sei es auch nur der Luftraum über der Straße) beansprucht und auch hier müsse sichergestellt werden, daß die Benützung gemeinverträglich bleibe.

An anderer Stelle³⁾ ergänzt Sieder seine Beweisführung. Dort weist er darauf hin, daß es dem Straßenbaulastträger niemals gleichgültig sein könne, ob und in welcher Form Dritte Berechtigungen innerhalb des Straßenraumes erwerben. Die Straße müsse in Anbetracht der außerordentlichen Ausmaße, die der moderne Verkehr angenommen habe, immer als ein Ganzes betrachtet werden; es dürfe kein Raum sein für Auseinandersetzungen zwischen dem Eigentümer des Straßengrundes und dem Träger der Straßenbaulast, von denen ersterer vielleicht behaupten möge, die von ihm zur Zulassung beabsichtigte Nutzung sei noch gemeinverträglich, während letzterer dies bezweifle. Wenn die Erfordernisse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs den Ausgangspunkt für die wichtigsten Aufgaben des Straßenbaulastträgers darstellten, dann müßten diesem auch alle Mittel (auch solche des bürgerlichen Rechts) in die Hand gegeben werden, um diesen Aufgaben genügen zu können.

1) So der Text des Art. 13 Abs. 1 StrWG.

2) AaO.

3) In Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 1.

Der in Art. 13 Abs. 1 StrWG steckende Rechtsgedanke stellt ein Novum im deutschen Wegerecht dar¹⁾. Art. 13 Abs. 1 StrWG beraubt den Wegeeigentümer sämtlicher Rechte, die ihm die überkommene Lehre wenigstens in bescheidenem Umfang erhalten wollte²⁾. Ihre Rechtfertigung findet diese Regelung in den heute auf Straßen und Wegen herrschenden Verkehrsverhältnissen, die durch eine Überbeanspruchung der Straße in nie gekanntem Ausmaß gekennzeichnet sind. Diese Verhältnisse verlangen nach einer verstärkten Überwachung sondergebräuchlicher Straßenbenutzungen zugunsten des Gebrauches durch die Masse der Verkehrsteilnehmer. Sie zwingen dazu, die Gestattung von Sondernutzungen, die über diesen Gebrauch hinausgehen, in die Hände eines mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteten Rechtsträgers zu legen. Die Straße darf heute nicht mehr Objekt privatrechtlicher Dispositionsbefugnis sein.

Damit leugnet das Gesetz nicht, daß die Befugnis, bürgerlichrechtliche Sondernutzungen einzuräumen, ursprünglich aus dem Wegeeigentum folgte. Die **Ausübung** dieser Befugnis ist freilich heute dem Eigentümer entzogen³⁾. Der öffentlichrechtliche Wegeherr nimmt die Eigentumsrechte gleichsam treuhänderisch auch dann wahr, wenn der Gemeingebrauch Dritter nicht beeinträchtigt wird, um in jedem Falle prüfen zu können, ob im übrigen öffentliche Belange berührt sind.

Die Entscheidung des Wegeherrn wird somit nicht mehr so sehr durch wegerechtliche Überlegungen als vielmehr durch die Notwendigkeit bestimmt, den Straßengebrauch überwachen und reglemen-

-
- 1) Inhaltlich gleiche Bestimmungen enthalten: § 14 Abs. 1 BWStrG, § 13 Abs. 1 HessStrG, § 13 Abs. 4 NdsStrG, § 11 Abs. 4 NRWStrG, § 33 Abs. 1 RPLStrG, § 11 Abs. 1 SaarldStrG und § 18 Abs. 1 SHStrWG.
 - 2) Ebenso Sturner, Gestaltungsformen, S. 43, Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 135. Übriggeblieben ist lediglich die potentielle Verwendungsfreiheit des Eigentums für den Fall der Entwidmung der öffentlichen Sache (Hardinghaus S. 142).
 - 3) Ebenso schon nach dem § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 26. 3. 1934 (RGBl. I S. 243); vgl. Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 80 Fußnote 171 und S. 156 bis 157.

tieren zu müssen. Die Wegebehörde prüft die beantragte Nutzung auf ihre Verträglichkeit mit den Interessen der Masse der Straßenbenutzer; andere Überlegungen spielen nur eine untergeordnete Rolle¹⁾. Der Wegeherr schützt sonach nicht in erster Linie wegerechtliche, sondern verkehrsrechtliche und damit sicherheitsrechtliche Belange. Das Wegerecht zeigt sich hier überformt von sicherheitsrechtlichen Gesichtspunkten²⁾. Typisches Beispiel hierfür ist die Regelung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 StrWG. Nach der Amtlichen Begründung zu der Vorschrift³⁾ können "Zufahrten zu öffentlichen Straßen die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, insbesondere außerhalb der geschlossenen Ortslage, erheblich beeinträchtigen. Sie mußten daher als Sondernutzung behandelt werden." Wenn Sieder-Zeitler⁴⁾ darlegen, es sei eine Erfahrungstatsache, daß gerade von der Seite her zufahrende Fahrzeuge, die womöglich den Verkehrsstrom kreuzen müssen, in erhöhtem Maße die Gefahr von Unfällen hervorrufen könnten, so fragt sich, ob solche Überlegungen bei der wegerechtlichen Prüfung einer Zufahrt überhaupt relevant sind. Diese Überlegungen spielen eine Rolle, wenn es darum geht, mit sicherheitsrechtlichen Mitteln die Gefahren des Straßenverkehrs zu mindern. Im Wegerecht geht es dagegen um die abstrakte Verkehrsaufgabe der öffentlichen Straße⁵⁾, also darum, was geduldet werden könnte, wenn nur ein einzelner Benutzer vorhanden wäre⁶⁾. Verkehrsrechtliche Probleme sind zwar vom Wegeherrn wegen ihres gewichtigen Einflusses auf die tatsächlichen Verhältnisse auf der Straße nicht völlig unbeachtet zu lassen. Sie gehen jedoch wegerechtlichen Gesichtspunkten im Range nach. Die in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 StrWG enthaltene Typisierung wegerechtlicher Vorgänge nach

1) Ebenso im Ergebnis Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 5 am Ende.

2) Evers, Wegerecht contra Verkehrsrecht?, NJW 1962/1033, 1035, weist darauf hin, daß der Gemeingebrauch seine positivrechtliche Bestimmung stets überwiegend aus der "polizeilichen" Normierung erhalten habe, die für die Nutzung zum Verkehr nunmehr durch die StVO und die sie begleitenden Verordnungen ersetzt sei. Dem ist für die heutigen Verhältnisse zuzustimmen.

3) Beilage 2832 S. 29. Ebenso die Amtliche Begründung zum FStrG, Bundestagsdrucksache Nr. 4248 der ersten Wahlperiode, zu § 8 Ziffer 3.

4) Art. 19 RdNr. 2.

5) So Salzwedel, Gedanken, DÖV 1963/241, 251.

6) Salzwedel aaO.

ihrer potentiellen Gefährlichkeit für den Verkehr ist eine gedankliche Kategorie des Sicherheitsrechts. Sie ist dem Wegerecht fremd^{1) 2)}.

IV. Schlußfolgerungen.

Da der öffentlichrechtliche Wegeherr sowohl öffentlichrechtliche als auch bürgerlichrechtliche Sondernutzungen gestattet, drängt sich die Frage auf, ob überhaupt noch ein dogmatischer Unterschied zwischen beiden Sondernutzungsarten besteht³⁾ und ob es heute noch einen wegerechtlichen Dualismus gibt.

Grob umrissen gilt nach der Struktur unserer Rechtsordnung privates Recht überall dort, wo sich Rechtspersönlichkeiten auf der Ebene des bürgerlichen Rechts gleichberechtigt gegenüber treten. Bestehen zwischen Hoheitsträger und Bürger Rechtsbeziehungen, die durch eine Über- und Unterordnung gekennzeichnet sind, liegt ein Tatbestand des öffentlichen Rechts vor⁴⁾. Jedoch sind unabhängig von dem Bestehen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses dem öffentlichen Recht auch solche Rechtsbeziehungen zuzurechnen, die die Regelung öffentlicher Aufgaben zum Inhalt haben⁵⁾.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die beiden Arten wegerechtlicher Sondernutzung, so erkennt man, daß jedesmal

-
- 1) Das BVerwG stellt in seiner Entscheidung vom 12. 10. 1965 (DÖV 1966/463) fest, der Gesetzgeber habe Verkehrsrecht und Wegerecht miteinander verknüpfen wollen. Diese Verknüpfung kann aber nur in einer sinnvollen Ergänzung beider Rechtsgebiete unter Beachtung einer sauberen Abgrenzung, nicht in einer Überlagerung des Wegerechts durch das Verkehrsrecht bestehen.
 - 2) Auf die Tatsache, daß das Wegerecht sicherheitsrechtlich überformt ist, werden wir auch bei der Untersuchung des Abgrenzungsmerkmals der Gemeinverträglichkeit stoßen.
 - 3) Siehe hierzu auch Stürner, Gestaltungsformen, S. 26 ff.
 - 4) So die sog. Subjektionstheorie, die auch heute noch als die herrschende Meinung anzusehen ist; vgl. für viele Forsthoff, Lehrbuch I, S. 107 f., Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40 RdNr. 3. Die gesamte Problematik der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht aufzurollen, wurde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Dieser kurze Hinweis möge daher genügen.
 - 5) So z.B. Bayer, Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, Urteil vom 3. 7. 1968, VGH n.F. 21 IV 5, 12.

ein Hoheitsträger in seiner Eigenschaft als Hüter öffentlicher Interessen beteiligt ist. Der öffentliche Wegeherr hat die hoheitliche Aufgabe, für den reibungslosen Ablauf des Massenverkehrs zu sorgen. Er hat daher beantragte Nutzungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Belangen des allgemeinen Verkehrs zu prüfen. Erst vom Ergebnis dieser Prüfung hängt es ab, ob eine Sondernutzung nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht gestattet wird. Der Ausgangspunkt, die Wahrnehmung öffentlicher Interessen, ist beide Male der gleiche. Es ist dem Wegeherrn nicht erlaubt, nach freiem Belieben ähnlich einem Privateigentümer über Sondernutzungen an der Straße zu disponieren. Materiell gesehen sind damit die Rechtsbeziehungen zwischen Wegeherrn und Sondernutzungsbewerber sowohl bei der Sondernutzung nach Art. 18 StrWG als auch bei der nach Art. 22 öffentlichrechtlicher Natur¹⁾. Deswegen wird man sagen müssen, daß die Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen nur noch eine rechtstechnische ist, die die Wegebehörde befähigt, im Bereich der gemeinverträglichen Sondernutzungen den starren Rahmen öffentlichrechtlicher Erlaubnisse zu verlassen und die Variationsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts voll auszunutzen. An die Stelle der öffentlichrechtlichen Erlaubnis tritt der privatrechtliche Vertrag, ohne daß die unterschiedliche Rechtsform der Gestattung den echten dogmatischen Unterschied

1) So wohl auch Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 165, wenn er ausführt, die Ausübung der Befugnisse des Eigentümers (Art. 13 Abs. 1 StrWG) sei öffentlichrechtlicher Natur. Interessant ist in diesem Zusammenhang die BGH-Entscheidung vom 29. 1. 1954 (NJW 1954/597 ff.), nach der eine Obstbaumnutzung deshalb öffentlichrechtlich ist, weil der Wegeherr nur kraft öffentlichen Rechts die Befugnis habe übertragen können, das in seiner Stellung als Träger der Straßenbaulast nach dem Straßenneuregelungsgesetz von 1934 begründete Nutzungsrecht der Ausübung nach selbst wahrzunehmen. Siehe hierzu unten S. 177.

zwischen öffentlichem und privatem Recht widerspiegelt¹⁾. Das Gesetz selbst deutet an einigen Stellen an, daß für die Abgrenzung öffentlichrechtlicher von privatrechtlichen Sondernutzungen nicht der materiell-rechtliche Unterschied zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht maßgeblich ist²⁾:

- 1.) Nach Art. 50 StrWG können die Gemeinden den Sondergebrauch von Gemeindestraßen abweichend vom System der öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen der Art. 18 und 22 StrWG durch Satzung regeln. Es ist deshalb möglich, daß die Gemeinde eine öffentlichrechtliche Erlaubnis für eine solche Sondernutzung vorschreibt, die gemeinverträglich ist. Die Gemeindegatsung braucht keine Rücksicht auf den materiellen Inhalt der Sondernutzung zu nehmen. Sie kann sich über den dogmatischen Unterschied zwischen beiden Sondernutzungsarten zumindest in gewissem Rahmen³⁾ hinwegsetzen.
- 2.) Die sondergebräuchliche Benutzung der sonstigen öffentlichen Straßen⁴⁾ regelt sich gemäß Art. 56 Abs. 1 StrWG ausschließlich nach bürgerlichem Recht, unabhängig davon, ob die Sondernutzung im Einzelfall den Gemeingebrauch oder andere öffentliche Belange berührt.
- 3.) Mit Einschränkung kann in diesem Zusammenhang auch Art. 22 Abs. 2 StrWG genannt werden. Die Vorschrift erweitert für die Straßenbenutzung zu Zwecken öffentlicher Versorgung die Anwendungsmöglichkeit des bürgerlichen Rechts. Sie stellt ebenfalls nicht darauf ab, ob die Nutzung rechtsdogmatisch dem öffentlichen oder bürgerlichen Recht angehört⁵⁾.

-
- 1) Praktische Bedeutung hat die Unterscheidung noch für die Dauer und Bestandskraft der Nutzungsgestattung. Da das öffentliche Recht nur Sondernutzungen auf Zeit oder Widerruf kennt (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 StrWG), gewährt eine bürgerlichrechtliche Vereinbarung größere rechtliche Sicherheit, wenn eine Nutzung auf lange Dauer eingeräumt werden soll. Auch erwirbt der Benutzer mit der Sondernutzungserlaubnis keinen Rechtsanspruch auf ungestörte Benutzung; vgl. hierüber im einzelnen die Ausführungen im zweiten Kapitel des zweiten Hauptteiles.
 - 2) Ebenso Stürner, Gestaltungsformen, S. 63.
 - 3) Mit den Einzelheiten dieser Vorschrift befaßt sich das 3. Kapitel des zweiten Hauptteiles.
 - 4) Siehe hierzu im einzelnen die Ausführungen im 5. Kapitel des zweiten Hauptteiles.
 - 5) Näheres hierzu enthält das erste Kapitel des zweiten Hauptteiles.

Es wird damit auch deutlich, daß von dem früheren klassischen Dualismus kaum mehr etwas übriggeblieben ist. Die Unterscheidung zwischen Sondernutzungen nach öffentlichem und nach privatem Recht spiegelt nicht mehr die Zweiteilung der öffentlichen Straße in öffentlichrechtliche Wegeherrschaft und bürgerlichrechtliches Wegeigentum wider. Sie wird von sicherheitsrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt und hat sich als eine mehr praktischen Bedürfnissen dienende Differenzierung von der dogmatischen Struktur des öffentlichen Weges und der Rechtsnatur der Sondernutzung gelöst.

Weiterhin ergibt sich: Unbeschadet der auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhenden rechtstechnischen Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlicher Sondernutzungserlaubnis und bürgerlichrechtlicher Gestattungsvereinbarung gehört das Sondernutzungsrecht des StrWG dogmatisch dem öffentlichen Recht an. Damit nähert sich die bayerische Regelung im Ergebnis der Lehre Schacks, nach der das bürgerliche Recht dogmatisch aus dem Recht der Benutzung öffentlicher Wege herausgehört. Das bayerische Recht folgt damit modernen Tendenzen des Wegerechts, wie sie insbesondere auch auf der Staatsrechtslehrertagung 1962 in Münster erkennbar wurden¹⁾.

Schließlich zeigt sich, daß das bayerische Recht im Ergebnis ange nähert ist an die Regelung des HambWG. Nach dessen § 19 Abs. 1 ist für jede Sondernutzung die Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde erforderlich und genügend. Da an den Wegeflächen öffentliches Eigentum²⁾ besteht (§ 4 Abs. 1 HambWG), gibt es keine Sondernutzung nach bürgerlichem Recht. Privatrecht wird erst in dem Augenblick wieder maßgebend, in dem die Zugehörigkeit einer Grundfläche oder eines Zubehörgegenstandes zum öffentlichen Weg endet. Das HambWG umgeht dadurch die Schwierigkeiten der Trennung in öffentlichrechtliche und bürgerlichrechtliche Sondernutzungen.

Von diesen nicht unerheblichen Schwierigkeiten soll nun bei der Betrachtung der durch das StrWG vorgenommenen Abgrenzung kurz gesprochen werden.

-
- 1) Dort sind Weber und Stern für eine stärkere Betonung des öffentlichen Rechts im Wegerecht eingetreten; vgl. Zippelius, Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1962, DOV 1962/815, 821.
 - 2) Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, zu untersuchen, ob damit die Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum (Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 39 ff) fortgeführt wurde.

D r i t t e s K a p i t e l

KRITISCHE BETRACHTUNG DER ABGRENZUNG ZWISCHEN BEIDEN SONDERNUTZUNGSARTEN.

Die Abgrenzung zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen nach dem StrWG ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Erstens ist die in Art. 18 und 22 StrWG beschriebene Unterscheidung nicht für alle Sondernutzungsarten konsequent durchgeführt. Zweitens weist das entscheidende Abgrenzungsmerkmal, die Gemeinverträglichkeit, Schwächen in der dogmatischen Verankerung wie in der praktischen Anwendung auf.

I. Abweichende Regelung einzelner Gruppen von Sondernutzungen.

Mit der im vorhergehenden Kapitel festgestellten Verwischung des materiellen Unterschiedes zwischen öffentlichrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Sondernutzung hängt die Tatsache zusammen, daß das Gesetz die in Art. 18 und 22 StrWG verankerte Unterscheidung zwischen beiden Sondernutzungen nicht konsequent bei allen Arten sondergebräuchlicher Straßenbenutzung durchgeführt hat. Die materiellrechtliche Angleichung beider Sondernutzungen ermutigte den Gesetzgeber, auf den rechtsdogmatischen Inhalt einer Sondernutzung umso weniger Rücksicht zu nehmen, je mehr Gründe der Praktikabilität eine Abweichung von der Einteilung in öffentlichrechtliche und bürgerlichrechtliche Sondernutzungen angebracht erscheinen ließen. Im einzelnen sind folgende Gruppen von Sondernutzungen abweichend geregelt:

- 1) Die in Art. 22 Abs. 2 StrWG enthaltene Benutzung der Straße durch Einrichtungen der öffentlichen Versorgung,
- 2) Sondernutzungen an Gemeindestraßen, die nach Art. 50 StrWG abweichend von Art. 18 und 22 StrWG durch Gemeindesatzung geregelt werden können,
- 3) Sondernutzungen an sonstigen öffentlichen Straßen; sie sind gemäß Art. 56 Abs. 1 StrWG ausnahmslos dem bürgerlichen Recht unterworfen.

Die Regelung in Art. 22 Abs. 2 StrWG geht auf das Drängen der Versorgungswirtschaft zurück, die an dem überkommenen System bürgerlichrechtlicher Gestattungsverträge festhalten wollte. Art. 50 und 56 Abs. 1 StrWG kommen den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Inwieweit diese Gesetzgebungsmotive die Abweichungen von der in Art. 18 und 22 StrWG enthaltenen Regel rechtfertigen, soll im zweiten Hauptteil der Arbeit untersucht werden. Hier genügt die Feststellung, daß sich der Gesetzgeber über die dogmatischen Unterschiede zwischen den öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen hinweggesetzt hat.

II. Die Gemeinverträglichkeit, Begriff und Inhalt.

In älteren Werken des Wegerechts wird man den Begriff vergeblich suchen. Das erklärt sich daraus, daß er erst in neuerer Zeit wegen der stetig wachsenden Beanspruchung der öffentlichen Wegeflächen durch den Massenverkehr an Bedeutung gewonnen hat¹⁾. Mit Beginn des Zeitalters des modernen Massenverkehrs fand der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit zunächst als Gewohnheitsrecht Eingang ins Wegerecht. Die Kodifizierung des Wegerechts in Bund und Ländern verhalf ihm schließlich zu seiner heutigen zentralen Stellung im Recht der Benutzung öffentlicher Wege. Er fehlt mit Ausnahme der Regelung in Berlin in keinem der neuen Gesetze²⁾.

1.) Die Gemeinverträglichkeit als wegerechtliches Prinzip.

Trotz dieser großen Bedeutung im heutigen Wegerecht herrscht noch keine Einigkeit darüber, ob die Gemeinverträglichkeit überhaupt ein wegerechtlicher Begriff ist.

-
- 1) Siehe hierzu vor allem Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingeбраuches und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Gieseke, S. 73.
- 2) Vgl. § 8 Abs. 10 FStrG, § 15 Abs. 1 Satz 2 und § 23 Abs. 1 BWStrG, Art. 18 Abs. 1 und 22 StrWG, § 1 Abs. 1 BremerStrO, § 16 Abs. 1 Satz 2 HambWG, § 20 Abs. 1 HessStrG, § 14 Abs. 1 Satz 3 und § 23 Abs. 1 NdsStrG, § 23 Abs. 1 NRWStrG, § 34 Abs. 3 und § 45 Abs. 1 RPLStrG, § 14 Abs. 1 Satz 2 SaarldStrG, § 20 Abs. 3 und § 28 Abs. 1 SHStrWG.

Salzwedel¹⁾ ist der Auffassung, sie sei kein wegerechtliches, sondern ein verkehrsrechtliches Prinzip. Auch Marschall²⁾ neigt dieser Ansicht zu.

Um den Standort des Begriffes festlegen zu können, muß man sich vor Augen halten, daß die Gemeinverträglichkeit in ihrer allgemeinen Bedeutung weder ein speziell wegerechtliches noch ein verkehrsrechtliches Institut ist. Sie stellt ganz allgemein ein Prinzip des menschlichen Zusammenlebens dar. Sie enthält das Gebot an jedes Individuum, seine Tätigkeitsentwicklung so einzurichten, daß kein anderer hierdurch mehr als unvermeidlich in der Entfaltung seiner Persönlichkeit beschränkt wird³⁾. Die Gemeinverträglichkeit ist nicht bezogen auf ein bestimmtes Rechtsgebiet⁴⁾; sie ist als Postulat der gegenseitigen Rücksichtnahme ein fundamentaler Grundsatz unserer gesamten Rechtsordnung⁵⁾. Weil sie unserer Rechtsordnung immanent ist, ist sie auch im Wegerecht oder im Verkehrsrecht zu berücksichtigen. Ihre Bedeutung ist zwar umso größer, je stärker ein Rechtsgebiet vom Verhalten einer großen Masse von Individuen geprägt ist. Niemals aber kann sie eine Rechtsmaterie in erster Linie ausformen. Vielmehr erhält ein Rechtsgebiet durch die ihm zugrunde liegenden eigentümlichen Lebensverhältnisse selbst sein Gepräge. Die Gemeinverträglichkeit spielt nur daneben eine Rolle.

1) Gedanken, DOV 1963/241, 251; ebenso Schmidt-Tophoff, Reklame, DVBl. 1970/17, 20.

2) FStrG, § 7 Anm. 1 (S. 238): "Die möglichst reibungslose Benutzung der Verkehrsanlagen durch die Vielzahl der Verkehrsteilnehmer ist nicht im materiellen Straßenbaurecht, sondern im Straßenverkehrsrecht zu regeln. Der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit findet sich daher schon seit längerem in § 1 StVO".

3) Vgl. die Ausgestaltung des Prinzips im Verkehrsrecht durch § 1 StVO.

4) Sehr aufschlußreich sind die von Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauches und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Gieseke S. 90 ff. angeführten Beispiele aus modernen Bereichen menschlicher Betätigung, z.B. aus dem Atom- oder Weltraumrecht.

5) Ebenso Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 26.

Für das Wegerecht folgt daraus, daß die Gemeinverträglichkeit Rechtsbeziehungen nur im Range nach den wegerechtlichen Grundsätzen, gewissermaßen in der zweiten Linie, mitgestalten kann. Nur die Probleme, die innerhalb der abstrakten Zweckbestimmung des öffentlichen Weges dadurch auftauchen, daß zu viele Benutzer (Bevölkerungsdichte) zu gleichen Zeiten (Berufs-, Ausflugs-, Reiseverkehr) zu intensive Benutzungsansprüche (steigende Kraftfahrzeugziffern) stellen, sind nach Gesichtspunkten der Gemeinverträglichkeit zu lösen¹⁾. Insoweit ist die Gemeinverträglichkeit auch ein wegerechtliches Prinzip.

Da das Verkehrsrecht stärker als das Wegerecht durch das Verhalten einer Masse von Individuen geprägt wird, ist die Bedeutung des Prinzips dort größer als im Wegerecht. In allen Fällen, in denen wegerechtliche Probleme mit Hilfe der Gemeinverträglichkeit gelöst werden müssen, werden daher die Grenzen zum Verkehrsrecht allzu leicht verwischt. Es besteht die Gefahr, daß verkehrsrechtliche Überlegungen vorherrschen: denn bei der Prüfung, ob eine Sondernutzung nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht zu gestatten ist, orientiert sich die Behörde stets an der Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und an der Abwehr von Gefahren, die durch die beantragte Nutzung entstehen könnten. Wegerechtliche Gesichtspunkte, die an Zweck und Funktion einer Straße anknüpfen, werden, wie wir an anderer Stelle²⁾ schon gesehen haben, von sicherheitsrechtlichen Gedanken überformt.

2.) Die praktische Anwendung des Begriffes.

Abgesehen davon, daß die Überbetonung des Prinzips im Wegerecht aus diesen Gründen dogmatisch bedenklich ist, ist auch zu bemängeln, daß seine praktische Anwendung große Schwierigkeiten bereitet.

1) So Salzwedel, Gedanken, DÖV 1963/241, 251; ihm folgend Schmidt-Bens aaO S. 28.

2) Siehe oben S. 49.

Der Begriff ist schwammig, sein Inhalt nur schwer zu konkretisieren¹⁾. Die Unsicherheit bei der Rechtsanwendung wird noch dadurch vergrößert, daß für die Unterscheidung zwischen Sondernutzungen nach öffentlichem und nach bürgerlichem Recht nicht auf eine tatsächliche, sondern auf eine potentielle Beeinträchtigung des Gemeingebräuches Dritter abzustellen ist. Nach Art. 22 Abs. 1 StrWG gilt bürgerliches Recht nur, wenn der Gemeingebrauch anderer nicht beeinträchtigt werden kann²⁾. Die Wegebehörde hat also nicht nur die schwierige Frage zu beantworten, ob die begehrte Nutzung tatsächlich den Gemeingebrauch beeinträchtigt, sondern darüberhinaus alle nicht völlig außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Geschehensabläufe in die Prüfung einzubeziehen, mithin eine Prognose für die Zukunft zu stellen³⁾.

Weitere Probleme entstehen daraus, daß die Gemeinverträglichkeit kein ein für allemal feststehender Begriff ist. So kann eine bestimmte Gebrauchsart, z.B. das Be- und Entladen eines Lastkraftwagens, das auf einer engen Straße wegen der damit verbundenen Behinderung des Verkehrs gemeinschädlich ist, nach der Verbreiterung oder Begradigung der Straße möglich sein, ohne daß künftig der Verkehr beeinträchtigt wird⁴⁾. Die Nutzung ist, obwohl sie der Art und dem Umfange nach gleich geblieben ist, nunmehr gemeinverträglich. Möglicherweise muß sie in einigen Jahren, wenn der dichter werdende Verkehr die Kapazitätsgrenze der Straße wieder erreicht oder überschreitet, wegen ihrer dann eintretenden Gemeinschaftlichkeit wiederum einer Erlaubnis unterworfen werden.

-
- 1) Ebenso Schneider, Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung?, WRP 1959/213, 216, Salzwedel aaO.
 - 2) Anders ist die Rechtslage nach § 8 Abs. 10 FStrG; dort ist abgestellt auf die tatsächliche Beeinträchtigung des Gemeingebräuches.
 - 3) Obwohl Spanner, Grenzen, S. 13, die gesetzliche Regelung des StrWG als den Versuch einer klaren Scheidung zwischen öffentlich-rechtlicher Nutzungserlaubnis und bürgerlich-rechtlichen Nutzungsverträgen begrüßt, muß er doch einschränken, daß es "Aufgabe der Praxis sein wird, erst mit der Zeit die Grenze zwischen Sondernutzung erfolgreicher Beeinträchtigung oder Nichtbeeinträchtigung des Gemeingebräuches schärfer zu ziehen".
 - 4) Ebenso im Ergebnis Bruckner, Die besondere Straßenbenutzung, S. 16.

Die Gemeinverträglichkeit ist aber nicht nur von der Art der Straßenbenutzung oder der Anzahl der Verkehrsteilnehmer abhängig, sondern auch vom Zustand der Straße und von zeitlichen Umständen¹⁾. Nur die Gesamtbetrachtung dieser Fakten gestattet ein Urteil über die Gemeinverträglichkeit einer Nutzung. Bei gleichem Beurteilungsmaßstab kann die Prüfung einer Nutzung auf ihre Gemeinverträglichkeit in verschiedenen Gemeinden, teilweise sogar in derselben Gemeinde, je nach den örtlichen Verhältnissen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Der Mangel an allgemein gültigen Merkmalen für die Bestimmung des Begriffes Gemeinverträglichkeit führt zu Rechtsunsicherheit²⁾.

3.) Die Ermittlung der Gemeinverträglichkeit im Einzelfall.

Vier Überlegungen können die schwierige Abgrenzung gemeinverträglicher Nutzungen von gemeinschädlichen erleichtern:

a) Beeinträchtigende Eigenschaften des Gemeingebrauches.

Jeder Gebrauch der Straße findet seine Grenze "in dem gleichen Recht aller übrigen"³⁾ auf Mitbenutzung⁴⁾.

Eine absolute Harmonie der Interessen aller Gebrauchsberechtigten läßt sich nicht herstellen⁵⁾. Wie beim Gemeingebrauch, so müssen auch bei der Sondernutzung vorübergehende, aus der Natur der allgemeinen Straßenbenutzung sich ergebende, unvermeidliche Beeinträchtigung bei der Ermittlung der Gemeinverträglichkeit außer Betracht bleiben⁶⁾. "Wo einer hält oder parkt, kann nicht zugleich ein

1) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 27, BVerwG, Urteil vom 4. 3. 1966 (DOV 1966/465, 466).

2) Ebenso Brückner aaO.

3) RG, Urteil vom 11. 6. 1886 (SeuffArch 42/11, 12).

4) Petersen, Grundprinzipien S. 74, nennt diese Tatsache das Problem der Konkurrenz mehrerer Gemeingebräucher.

5) Petersen aaO S. 76, Stammler, Das Recht des Gebrauches öffentlicher Straßen, Gruchot 70/129, 145.

6) Ebenso Finkler, Die Beseitigung von Treppenstufen auf Bürgersteigen, DOV 1960/926, 927, Forsthoff, Lehrbuch I S. 364.

anderer das gleiche tun"¹⁾. Ein derartiges verkehrsgerechtes Verhalten ist von den Straßenbenützern, dem Wegeherrschaft und von den sonstigen Beteiligten hinzunehmen²⁾. Wenn es in § 1 StVO heißt, es dürfe kein anderer Verkehrsteilnehmer mehr als nach den Umständen un vermeidbar behindert oder belastigt werden, so geht die Vorschrift davon aus, daß der "normale" Straßengebrauch, also der Gemeingebrauch, unvermeidbare Gebrauchsbeeinträchtigungen mit sich bringt³⁾. Gleiches war⁴⁾ in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 a.F. StrWG⁵⁾ ausgedrückt, der bestimmte, daß Gemeingebrauch erst dann nicht mehr vorliege, wenn der Gemeingebrauch anderer mehr als unvermeidbar beschränkt werde.

Die Gemeinverträglichkeit ist somit nicht schon dann zu verneinen, wenn Behinderungen des Gemeingebrauches auftreten, die aus der Natur gemeingebrauchlicher Straßenbenutzung als solcher folgen⁶⁾. Unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes ist auch die Benutzung der Straßen durch den Lastkraftwagenverkehr als gemeinverträglich anzusehen, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten⁷⁾. Die Intensität dieser Nutzung macht sie für sich allein noch nicht gemeinschädlich. Wenn Nau⁸⁾ behauptet, der

-
- 1) So Kodal, Straßenrecht, S. 267 im Anschluß an die Entscheidung des BVerwG vom 14. 3. 1957 (BVerwGE 4/342, 344); ebenso schon Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 59.
 - 2) Ebenso Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauches und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Gieseke, S. 77 bis 78, der hierzu auf S. 81 bis 83 einen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung gibt.
 - 3) Petersen aaO S. 76 folgert dies m.E. zu Recht aus dem Wesen des Gemeingebrauchs selbst.
 - 4) In der Neufassung des StrWG vom 25. 4. 1968 (GVBl S. 64) fehlt diese Vorschrift. Es handelt sich hierbei nur um eine redaktionelle Änderung des Gesetzes (vgl. die Amtliche Begründung zu § 1 Nr. 12 des StrWändG, 6. Legislaturperiode Beilage 447 S. 14 und Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht, Art. 14 Anm. II 2 b).
 - 5) Ähnlich § 15 Abs. 1 Satz 2 BWStrG, § 16 Abs. 1 Satz 2 HambWG, § 14 Abs. 1 Satz 3 NdsStrG und § 34 Abs. 3 RPLStrG.
 - 6) Ebenso Petersen aaO.
 - 7) Ebenso im Ergebnis BVerwG, Urteil vom 12. 10. 1965 (DÖV 1966/463, 464). A. A. ist Nau, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen. Nach ihm ist bereits der normale Lastwagenverkehr nicht mehr gemeinverträglich (S. 21 bis 22).
 - 8) AaO.

Verkehr mit schweren Lastwagen nütze die Fahrbahn unverhältnismäßig stark ab, greife in die Substanz des Weges ein und sei deswegen gemeinschädlich, so steht dem entgegen, daß gemäß §§ 32 und 34 StVZO nur solche Fahrzeuge zum Verkehr zugelassen werden, die gewisse Maximalabmessungen und eine bestimmte Gesamttonnage nicht überschreiten. Hierdurch wird einer übermäßigen Abnutzung der Straßen vorgebeugt.

Dagegen ist die Benutzung der Straße durch ein Fahrzeug, für dessen Zulassung wegen seiner Größe oder seines Gewichtes eine Ausnahmegenehmigung nach § 70 StVZO nötig ist, nicht mehr gemeinverträglich und daher Sondernutzung¹⁾. Gleiches gilt für einen schwierigen Spezialtransport, der wegen der Größe, der Schwere oder der Gefährlichkeit des Transportgutes das Fernhalten des übrigen Verkehrs durch Absperrungen oder Polizeigeleit erforderlich macht. In diesem Fall wird der Gemeingebrauch unmittelbar eingeschränkt oder zeitweise gar ausgeschlossen, in jedem Falle aber beeinträchtigt, sodaß es einer öffentlichrechtlichen Erlaubnis bedarf²⁾. Daß in solchen Fällen eine wegerechtliche Genehmigung neben der Gestattung nach § 5 StVO³⁾ nicht erteilt wird, liegt nicht an der Rechtsnatur der Benutzung, sondern daran, daß die positive Regelung des Art. 21 StrWG aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung auf eine doppelte Erlaubnis verzichtet und die wegerechtliche Gestattung durch die Genehmigung nach § 5 StVO als miterteilt ansieht⁴⁾.

-
- 1) Ebenso BVerwG aaO, allerdings mit der (verkehrsrechtlichen) Begründung, diese Fahrzeuge stellten eine besondere Gefahrenquelle für den allgemeinen Verkehr dar.
 - 2) Bei Transporten, die die Straße oder das Straßenzubehör beschädigen können, z.B. beim Fahren mit Kettenfahrzeugen oder Befördern überschwerer Lasten, kann eine mittelbare Beeinträchtigung des Gemeingebrauches vorliegen; vgl. unten S. 59 f.
 - 3) § 5 StVO unterstellt Veranstaltungen, die die Straße mehr als verkehrsrüblich beanspruchen, und den Verkehr mit Fahrzeugen, deren Gesamtgewicht oder Abmessungen ungewöhnlich groß sind, der straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnispflicht.
 - 4) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 21 RdNr. 1 und BVerwG, Urteil vom 12. 10. 1965 (DÖV 1966/463).

b) Potentielle Beeinträchtigungen.

Nach Art. 22 Abs. 1 StrWG ist eine Sondernutzung nicht mehr gemeinverträglich, wenn sie den Gemeingebruch Dritter beeinträchtigen kann¹⁾. Die Behörde hat die tatsächlichen Verhältnisse an der Straße in der Gegenwart und die möglichen Verhältnisse in der Zukunft darauf zu überprüfen, ob eine Beeinträchtigung des Gemeingebraches eintritt oder wahrscheinlich ist. Es ist hierbei nicht auf eine ganz entfernte, nur am Rande des Wahrscheinlichen liegende Möglichkeit abzustellen²⁾. Vielmehr muß es sich um eine Gefahr handeln, die "nach menschlichem Ermessen der Art der Benützung etwa adäquat ist"³⁾. So spricht z.B. die Existenz einer Treppe auf dem Bürgersteig auch dann, wenn dieser für den Fußgängerverkehr neben der Stufe noch breit genug ist, dafür, daß Fußgänger bei Nacht oder bei ausnahmsweise auftretendem starken Fußgängerverkehr behindert werden können.

Die Vorverlegung des hoheitlichen Erlaubnisvorbehaltes in den Bereich potentieller Beeinträchtigungen wird deshalb als notwendig angesehen, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden könne, daß der Gemeingebruch im Einzelfall wirklich ungestört bleibe⁴⁾. Praktisch stellt die Behörde hier die gleichen Überlegungen an wie die Sicherheitsbehörde im Bereich des präventivpolizeilichen Handelns⁵⁾. Dort hat sie zu prüfen, ob nach verständiger Beurteilung in näherer Zeit der Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit und

-
- 1) Anders ist die Rechtslage nach dem FStrG; vgl. oben S. 40 Fußnote 4.
 - 2) Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 16.
 - 3) So OVG Münster, Urteil vom 21. 12. 1962 (DOV 1963/349, 350) und Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 59, der ausführt, es sei ausschlaggebend, ob die Benutzungsart, der der einzelne Benutzungsfall angehöre, in der Regel so beschaffen sei, daß sie eine Schädigung für den Weg mit den Nebenanlagen und seine übrige Benutzung mit sich bringe.
 - 4) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 1.
 - 5) Der Unterschied besteht freilich darin, daß dort die Behörde in der Regel auf eine konkrete Gefahr abzustellen hat, während sie hier auch eine abstrakte Störungsquelle in ihre Überlegungen einzubeziehen hat.

Ordnung, insbesondere eines Schadens, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist¹⁾. Hier geht es um die Frage, ob die beantragte Nutzung unter Würdigung aller nicht völlig unwahrscheinlichen Möglichkeiten den Gemeingebrauch stören wird. Die Durchdringung des Wegerechts mit sicherheitsrechtlichen Denkkategorien zeigt sich hier sehr deutlich.

In all diesen Fällen ist nur die konkrete Nutzung als solche, nicht die gesamte Benutzungsart zu untersuchen. Es kommt nicht darauf an, daß die Benutzungsart i n s g e s a m t wegen ihrer Häufigkeit und Intensität den Gebrauch anderer stören kann. Andernfalls könnte auch die Masse der heute noch nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 StrWG gemeingebrauchlichen Verkehrsnutzungen in ihrer Gesamtbetrachtung als gemeinschädlich angesehen werden. Die gegenteilige Ansicht von Nau²⁾ ist abzulehnen.

c) Mittelbare Beeinträchtigungen.

Die Verneinung der Gemeinverträglichkeit setzt nicht voraus, daß eine unmittelbare Beeinträchtigung eintritt. Es genügt, daß die Nutzung den Gemeingebrauch mittelbar berührt³⁾. Diese mittelbare Beeinträchtigung hat insbesondere Bedeutung bei der Benützung solcher Teile der Straße, die nicht unmittelbar dem Verkehrsablauf dienen, z.B. Böschungen, Grünstreifen zwischen den Fahrbahnen, Alleeabäume und dergl. So hat die Existenz von Obstbäumen am Straßenrand als solche auf den

1) So Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, S. 31 RdNr. 26.

2) Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, S. 22.

3) Vgl. Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht, Art. 22 Anm. I 1, sowie Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 16 und das dort angeführte Beispiel: Auf dem - ziemlich breiten - Bankett einer Staatsstraße soll ein beweglicher Verkaufsstand aufgestellt werden. Der Stand als solcher wäre nicht gefährlich, könnte aber einen vermehrten Verkehr anziehen und insbesondere eine Gefährdung durch plötzliches Abstoppen, Ausbiegen oder Überqueren der Straße verursachen.

Gemeingebrauch keinen Einfluß. Wohl aber kann durch herabfallende Früchte, die die Fahrbahn rutschig machen, die Benutzung der Straße gestört werden. Insofern beeinträchtigen die Bäume und die Nutzung derselben den Gemeingebrauch, sodaß eine öffentlichrechtliche Erlaubnis erforderlich ist¹⁾.

Mittelbare Beeinträchtigungen treten ferner auf, wenn Nutzungen den baulichen Zustand der Straße und des Straßenzubehörs in Mitleidenschaft ziehen können. Wird die Straße beschädigt, so kann an ihr kein ungestörter Gemeingebrauch mehr stattfinden. Je nach der Schwere der Zerstörung ist er behindert oder gar ausgeschlossen. Derartige Nutzungen sind aus diesem Grund nicht gemeinverträglich²⁾.

-
- 1) Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 29. 1. 1954 (NJW 1954/597 ff.), die sich mit Obstbaumnutzungen an Straßen befaßt, ebenfalls eine öffentlichrechtliche Sondernutzung angenommen, freilich aus der anderen Überlegung heraus, daß der Wegeherr nur kraft öffentlichen Rechts die Befugnis übertragen könne, das in seiner Stellung als Träger der Straßenbauverwaltung vom 26. 3. 1934, RGBL. I S. 243, d.Verf.) begründete Recht der Ausübung nach selbst wahrzunehmen. Siehe hierzu die Ausführungen unten S.177 bis 178.
 - 2) Ebenso Petersen, Grundprinzipien S. 83 bis 84, und im Ergebnis Finkler, Die Beseitigung von Treppenstufen auf Bürgersteigen, DOV 1960/926, 927. De Weldige-Cremer, Benutzung, S. 42 und Lüthke, Gemeingebrauch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, S. 56, möchten diese Nutzungen dadurch einer behördlichen Erlaubnis zugänglich machen, daß sie dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit den der Unschädlichkeit einer Nutzung zur Seite stellen. Die Straßenbenutzung müsse nicht nur gemeinverträglich, sondern auch für den baulichen Zustand der Straße unschädlich sein. Diesen gedanklichen Ansatzpunkt halte ich für verfehlt. Das Gesetz sagt nirgends, weder direkt noch indirekt, daß auf die Gefährlichkeit einer Nutzung für den Straßenuntergrund abzustellen sei, um eine Sondernutzung vom Gemeingebrauch abzugrenzen oder den Unterschied zwischen öffentlichrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Sondernutzung zu finden. Hierfür ist allein die Gemeinverträglichkeit entscheidend. Die Konstruktion über die Unschädlichkeit einer Nutzung ist überflüssig, wie die Lösung des Textes zeigt. Die Einführung eines neuen Begriffes ist nur geeignet, die in diesem Bereich des Wegerechts herrschende Unsicherheit zu vergrößern.

d) Hinweise in Gesetzen.

Mitunter enthält eine bestimmte Rechtsvorschrift, die nicht unbedingt wegerechtlichen Charakter haben muß, einen Hinweis auf die Gemeinverträglichkeit einer Nutzungsgruppe. Ein Beispiel hierfür ist die Vorschrift des § 1 StVO. Jede Straßenbenutzung, die sich im Rahmen dieser Bestimmung hält, ist gemeinverträglich¹⁾. Erweist sich die Straßenbenutzung dagegen über das sozialadäquate Maß hinaus als hinderlich oder lästig, so kann sie nicht gemeinverträglich sein. Dasselbe gilt erst recht, wenn andere durch sie an Leib oder Leben gefährdet oder an Hab und Gut geschädigt werden können.

4.) Ergebnis.

Somit ist festzuhalten, daß die Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen nach ihrer Gemeinverträglichkeit in starkem Maße sicherheitsrechtliche Gedanken in das Wegerecht getragen hat. Die eigentlich wegerechtlichen Momente treten heute in den Hintergrund. Auch bleibt die Unterscheidung in der Praxis sehr schwierig und problematisch. Wegen dieser Nachteile soll nun im nächsten Kapitel nach einem Abgrenzungsmerkmal gesucht werden, das die wegerechtlichen Belange stärker betont und das möglicherweise einfacher zu handhaben ist.

1) Ebenso Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DÖV 1960/444, 446.

V i e r t e s K a p i t e l

DIE UNTERSCHIEDUNG DER STRASSENUTZUNGEN NACH IHRER BEZOGENHEIT ZUR FUNKTION EINER STRASSE.

Haben wir im 2. Kapitel festgestellt, daß das moderne Wegerecht durch wegerechtsfremde Gesichtspunkte überformt ist, und im 3. Kapitel gesehen, daß das Abgrenzungsmerkmal zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Straßennutzungen - abgesehen von seiner dogmatischen Bedenklichkeit - große praktische Schwierigkeiten aufwirft¹⁾, so fragt sich, wie diese Mängel behoben werden können. De lege lata ist eine Abhilfe nicht möglich. Jedoch soll hier versucht werden - als Vorarbeit für eine mögliche spätere Neuregelung - , ein Abgrenzungsmerkmal zu finden, das dogmatisch ausschließlich im Wegerecht verankert und konstanter als die Gemeinverträglichkeit ist.

A b s c h n i t t A :

D i e t h e o r e t i s c h e n G r u n d l a g e n .

1. Die zwei Elemente der Öffentlichkeit eines Weges.

1.) Die Widmung.

Die Grundfläche, die einem öffentlichen Weg dienen soll, wird zur öffentlichen Sache im Gemeingebrauch durch ' einen formellen Rechtsakt, die Widmung²⁾. Ohne Widmung kann nach heutiger Rechtslage eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch nicht entstehen³⁾. Ausnahmen sind nur

-
- 1) Das ist in der Tat der entscheidende Nachteil der jetzigen gesetzlichen Regelung. Der Optimismus von de Weldige-Cremer (S. 41 bis 42), dieser Begriff gebe einen brauchbaren, weil vor Beginn der Nutzung bereits überprüfbaren Anhaltspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nutzung, kann nicht geteilt werden.
 - 2) So Art. 6 Abs. 1 StrWG und die entsprechenden Vorschriften der übrigen Straßengesetze.
 - 3) Ebenso für viele Sieder-Zeitler Art. 6 RdNr.1.

nach Maßgabe der Übergangsvorschriften¹⁾ oder des Art. 6 Abs. 6 StrWG²⁾ möglich³⁾. Dieser absolut herrschenden Lehre folgt die Rechtsprechung ausnahmslos. Auf andere rechtliche Kriterien wird nicht abgestellt.

2.) Die Straße als tatsächliches Gebilde mit besonderen öffentlichen Funktionen.

Ungeachtet des Rechtsaktes der Widmung besteht die öffentliche Straße aber auch rein tatsächlich als Gebilde eigener Art zum Zwecke eines allgemeinen Gebrauchs⁴⁾. Voraussetzung für die Existenz dieses einem öffentlichen Zwecke dienenden Gebildes ist lediglich, daß es faktisch geschaffen wird.

"Es muß in der Natur auf einem hierfür vorgesehenen Gelände-
teil (der sich aus mehreren Grundstücken zusammensetzen
kann) eine Straße im technischen Sinn entstanden sein. Hier-
bei kann es für die auftretenden Rechtsfragen nicht darauf

-
- 1) Art. 67 StrWG beinhaltet die Verpflichtung, Bestandsverzeichnisse für alle Straßen und Wege anzulegen. Wird die Eintragung in das Bestandsverzeichnis unanfechtbar, so gilt - unbeschadet des früheren Rechtscharakters des eingetragenen Weges - die Widmung als verfügt. Somit entsteht ein rechtlich öffentlicher Weg durch eine fingierte Widmung; vgl. hierzu die Ausführungen im fünften Kapitel des zweiten Hauptteiles.
 - 2) Nach dieser Vorschrift gilt eine Straße, die im Rahmen eines auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften durchgeführten förmlichen Verfahrens (Planfeststellungsverfahren oder Verfahren nach dem Flurbereinigungsgesetz vom 14. 7. 1953, BGBl I S. 591) erstellt wird, als mit der Verkehrsübergabe gewidmet.
 - 3) Sieder-Zeitler aaO.
 - 4) "Der Weg ist ein sichtbares Ding; er bringt seine Bestimmung, dem Verkehr zu dienen, durch seine Beschaffenheit für jedermann erkenntlich zum Ausdruck. Darum hebt er sich stets von seiner Umgebung ab, oft nur dadurch, daß er ausgetreten ist.....". So Steinbach, Streifzüge durch das bayerische Wegerecht, BayVBl 1929/113. Ähnliches klingt an bei Stern, Mitbericht, VVDStL 21/183, 192, der ausführt, der Begriff der öffentlichen Sache könne nicht ausschließlich aus ihrem öffentlichen Zweck erklärt werden. Vgl. auch Otto Mayer, der in seinem Lehrbuch Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2 S. 39 ausführt, die Bestimmung einer öffentlichen Sache für den öffentlichen Zweck komme einmal in ihrer "äußerlichen Beschaffenheit", sodann in ihrer "Zugehörigkeit an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung", das sie für diesen Zweck bereit-
halte, zum Ausdruck.

ankommen, in welchem Ausmaße technische Arbeiten durchgeführt werden. Entscheidend ist lediglich, daß durch menschliches Handeln eine Verkehrsfläche entsteht, die sich erkennbar von dem angrenzenden Gelände abhebt. Für Gehwege einfachster Art mag dabei in Grenzfällen sogar genügen, daß der Pfad durch ständige Benützung festgetreten wurde¹⁾. Diese letzte Aussage betrifft vor allem Wege, die in grauer Vorzeit entstanden sind²⁾.

Sonach unterscheidet sich eine Straße - abgesehen von ihrer besonderen körperlichen Beschaffenheit - vom übrigen Gelände vor allem durch ihre Funktion³⁾. Man kann auf der Straße gehen und fahren; dort trifft man sich, sei es zufällig, sei es absichtlich und spricht miteinander. Der Geschäftsmann errichtet gerade dort sein Ladengeschäft, wo eine Straße mit dem ihr eigentümlichen Verkehrsgetriebe vorbeiführt. Nur dort ist ein Verkaufsraum sinnvoll. Gleiches gilt für Tankstellen und andere Einrichtungen, die sich den vorüberziehenden Fahrzeug- und Passantenstrom für kommerzielle Zwecke nutzbar machen.

Die diesbezüglichen Vorstellungen der Bürger über die Benutzbarkeit der Straße entstehen nicht erst mit dem formellen Akt der Widmung; sie sind unabhängig davon vorhanden. Das zeigt sich unter anderem daran, daß ein Weg bereits vor der Widmung oft längere Zeit hindurch auf dem fertiggestellten Streckenabschnitt benutzt wird⁴⁾. Daran können nicht einmal die aus Gründen der Haftung oder der Verhütung übermäßiger Abnutzung aufgestellten Benutzungsverbote etwas ändern.

1) Sieder-Zeitler Art. 6 RdNr. 1.

2) Vgl. hierzu die Bemerkung Steinbachs aaO S. 115: "Aus ihren manchmal merkwürdigen Windungen ist zu erkennen, daß sie nicht künstlich angelegt wurden, sondern daß sich der damals langsamere Verkehr die Stellen selbst aussuchte, wo am besten durchzukommen war".

3) Ähnlich Weber, Bericht, VVDStL 21/145, 175.

4) Salzwedel, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 433, spricht hier von einem "faktischen Straßenrechtsverhältnis".

3.) Folgerungen.

All die geschilderten Betätigungsformen entspringen der "sich aus der Bestimmung und dem Wesen des öffentlichen Weges ergebenden natürlichen Ordnung"¹⁾, die ohne ein Zutun behördlicher Stellen vorgegeben ist. Die Widmung tritt gegenüber diesen tatsächlichen Gegebenheiten als der juristische Formalakt zurück²⁾; sie konkretisiert nur die heute durch Gesetze sehr eingeschränkte Gebrauchsmöglichkeit des Weges³⁾. Nach früherem Recht konnten öffentliche Wege ohne Widmung⁴⁾ allein aus einem tatsächlichen Bedürfnis heraus entstehen⁵⁾. Dennoch waren sie öffentliche Wege

-
- 1) So OVG Dresden, Urteil vom 22. 5. 1937 (Jahrbücher des Sächsischen OVG Bd. 40/336). Beispielsweise legt das Gericht in dieser Entscheidung hinsichtlich der Anliegernutzung dar, daß sie nicht auf Grund einer besonderen dem Anlieger gewährten Vergünstigung geschehe, sondern aus dem Bestand des Weges ganz von selbst folge und daher seit alters her jederzeit als Rechtsens angesehen worden sei.
 - 2) Ohne daß dadurch ihre fundamentale Bedeutung für die Verkehrssicherungspflicht, die Straßenbaulast und andere Rechtsbeziehungen geschmälert wird.
 - 3) Ähnlich Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 110: "Es genügt nicht, daß die öffentlichen Sachen der Allgemeinheit durch die Erfüllung des Widmungszweckes dienen, also unmittelbar durch den Gemeingebrauch oder mittelbar durch den Verwaltungsgebrauch. Auch darüber hinaus, und soweit die Erfüllung des Widmungszweckes nicht gefährdet wird, haben die öffentlichen Sachen der Allgemeinheit zur unmittelbaren Nutzung zur Verfügung zu stehen". Diese unmittelbare Nutzung nennt er "Publikumsgebrauch" (aaO S. 111). Vgl. oben S.23 f.
 - 4) Steinbach aaO S. 115, Lassar, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts S. 97, neuerdings Zippelius, Grundfragen, DOV 1958/838, 841, Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung S. 74 und Krause, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen im neueren Verwaltungsrecht S. 38.
 - 5) Vgl. zu diesem Problem vor allem Neff, Öffentliche Wege, Zur neuen Gemeindeordnung, BayVBl 1926/420 ff. und Knauth, Der Beweis der Öffentlichkeit bei alten Wegen, VerwArch 30/465 ff., der m.E. mit Recht (S. 471 und 474) ausführt, das Entscheidende für die Öffentlichkeit eines Weges sei im Grunde doch die tatsächliche Benutzung, sofern nicht klar nachgewiesen werden könne, daß einmal ein anderer Zustand bestanden habe oder der bestehende widerrechtlich..... entstanden sei oder von dem Grundeigentümer unverbindlich geduldet werde. A. A. sind Bochalli, Fortbildung, DVBl 1956/181 und Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 10.

allein deshalb, weil sich der beanspruchte Geländestreifen zum Gehen und Fahren eignete und deswegen allgemein hierzu benutzt wurde. Es ist Steinbach¹⁾ darin zuzustimmen, daß manche Wege, auf deren Grund heute noch Straßen verlaufen, schon zu einer Zeit allgemein benutzt wurden, als es noch keine festgefügte Rechtsordnung oder eine Regelung der öffentlichrechtlichen Verfügungsmacht über den Wegegrund gab. Die Eigenschaft eines Geländestreifens als öffentlicher Weg ist rechtlich in diesem Falle "aus der Art und der fortgesetzten Dauer seines allgemeinen Gebrauchs"²⁾ zu folgern³⁾.

1) AaO S. 115.

2) So BayVGh, Urteil vom 19. 7. 1889, VGHE 11/325, 328. Ähnlich OVG Münster, Urteil vom 18. 12. 1963 (VRS 27/314, 317), Schallenberg, Die Widmung, S. 99 bis 100 und Lassar, Grundbegriffe, S. 99. Zu dem Problem allgemein siehe Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, FfZschr 43/1, 82 ff.

3) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 1 RdNr. 6. Teilweise wird versucht, für die alten Wege die Vermutung einer vor langer Zeit erfolgten Widmung aufzustellen, um sie rechtlich als öffentliche Straßen qualifizieren zu können; so Germershausen-Seydel Bd. I S. 14. Bochalli, Fortbildung DVBl 1956/181 und ders., Handbuch S. 563; vgl. für die Rechtsprechung OLG Hamm, Urteil vom 11. 11. 1952 (NJW 1953/1519), BGH, Urteil vom 13. 7. 1962 (MDR 1962/976), BayVGh, Urteil vom 27. 5. 1964 (BayVBl 1964/297) und VGh Baden-Württemberg, Urteil vom 26. 7. 1961 (DOV 1963/707). Dieser m.E. gekünstelten Konstruktion bedarf es nicht. Aus Zeitablauf und tatsächlicher Ausübung des Gemeingebrauchs kann die rechtliche Öffentlichkeit eines Weges mindestens ebenso gut gefolgert werden. Daher ist Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 213, darin zuzustimmen, daß die Widmung in der Vergangenheit durch Gewohnheitsrecht erfolgte. Ähnlich neuerdings BayVGh, der im Urteil vom 30. 1. 1968 (BayVBl. 1969/175) ausführt, die Widmung eines öffentlichen Feldweges habe sich stillschweigend durch Realakt vollzogen. Als Widmung müsse man schon anerkennen, wenn ein solcher Weg mit Wissen und Willen der Gemeinde von jedermann benutzt worden sei. Das ist im Ergebnis eine Abkehr von der These, man müsse von der Fiktion einer vor langer Zeit erlassenen Widmungsverfügung ausgehen.

Siehe zu diesem Problem auch Knorr, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVBl 1958/257, 301 und Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 16.

Diese zunächst rein tatsächlichen Erscheinungsformen menschlicher Betätigung auf einem öffentlichen Weg sind auch rechtlich relevant. Es ist nicht so, daß die öffentliche Straße ohne Widmung ein rechtliches Nichts wäre. Die entscheidende Rechtsfolge aus der besonderen Ausgestaltung eines Geländestreifens als Weg, sein Gebrauch durch die Allgemeinheit nach deren Wünschen und Vorstellungen, ist seit eh und je als Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts anerkannt. Dieser Gebrauch des Straßengeländes ist seiner Art nach einmalig. Die Widmung macht diesen Gebrauch zum erlaubten Gemeindegebrauch; sie ist nicht Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme des Geländes als Straße¹⁾. Der Gemeindegebrauch folgt nicht seiner Natur, sondern nur seiner rechtlichen Zulässigkeit nach aus der Widmung²⁾.

II. Rechtliche Qualifikation der Wegefunktionen im besonderen.

Die Frage ist nun, wie die aus den tatsächlichen Verhältnissen an einer Straße sich ergebenden Rechtsfolgen dogmatisch eingeordnet werden können. Maunz³⁾ legt dar, der Gemeindegebrauch gehe auf die "Natur der Sache", d. h. auf die konkrete natürliche Beschaffenheit der Straße zurück. Er weist damit auf eine Rechtsfigur hin, die in der Tat geeignet erscheint, die spezifischen Gegebenheiten eines öffentlichen Weges rechtlich zu erfassen.

-
- 1) Ablehnend Wolpert, Der Gemeindegebrauch im geltenden bayerischen Recht, S. 3 f. Daß seine These, der Gemeindegebrauch entstehe allein durch hoheitlichen Willensakt und werde auch ausschließlich durch einen Gegenakt des Hoheitsträgers wieder aufgehoben (S. 11), nicht haltbar ist, zeigt sich z.B. daran, daß bei der Zerstörung einer öffentlichen Sache der Gemeindegebrauch bereits mit der Unbenutzbarkeit der Sache endet und nicht erst, wenn der Hoheitsträger die Beendigung des Gemeindegebrauchs verfügt.
 - 2) Ähnlich Weber aaO S. 176, der feststellt, der Gemeindegebrauch sei "eine archaische Form der Benutzung öffentlicher Sachen, die nicht viel mehr als die reine Existenz der Sache, die bloße Benutzung ihrer Körperlichkeit und bescheidene Regelungen zur Aufrechterhaltung der Gemeinverträglichkeit der Benutzung voraussetzt und verträgt".
 - 3) Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 18.

Die Problematik des Begriffes "Natur der Sache" ist zu vielschichtig, als daß sie im Rahmen dieser Arbeit auch nur annähernd vollständig dargestellt werden könnte¹⁾. Wichtig für die weiteren Ausführungen ist jedoch die Feststellung, daß nach herrschender Ansicht unter der "Natur einer Sache" nicht deren bloßes reales Sein²⁾, sondern das "Wesen"³⁾ dieser Sache, oder anders ausgedrückt, ihr Sinn, jeweils bezogen auf eine Rechtsidee⁴⁾, auf den Gesichtspunkt, unter dem sie gesehen wird⁵⁾, zu verstehen ist⁶⁾.

Die Bedeutung des Begriffes "Natur der Sache" für das Wegerecht haben erstmals Küchenhoff⁷⁾ und Thiersch⁸⁾ herausgestellt. Hinsichtlich der Wegebenutzung im besonderen führt Küchenhoff⁹⁾ aus, Ausgangspunkt aller Überlegungen und Handlungen, die zur Errichtung eines Weges führten, sei die sich aus dem menschlichen Gemeinschaftsleben ergebende Notwendigkeit, Orte miteinander zu verbinden. Diese der gesamten Wegeordnung vorgegebende Idee sei bei der Wegebenutzung in den Grundsätzen des Gemeingebrauches, der Gemeinverträglichkeit und der Gemeinverantwortung

-
- 1) Aus der großen Zahl zeitgenössischer Schriftsteller, die sich mit dem Problem der "Natur der Sache" befaßt haben, sind besonders zu erwähnen Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Ballweg, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Fechner, Rechtsphilosophie, S. 87 ff, insbesondere S. 146 ff, Schambeck, Der Begriff der "Natur der Sache", Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" und Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache"; insbesondere dort weitere ausführliche Literaturhinweise.
 - 2) "Die nackte Gegebenheit des Realen", so Fechner aaO S. 146.
 - 3) So Radbruch aaO S. 13, Fechner aaO S. 150 und Schambeck aaO S. 55.
 - 4) So Radbruch aaO S. 15.
 - 5) So Stratenwerth aaO S. 27.
 - 6) "Durch diese Beziehung treten die Dinge und die in ihnen wirkende Kraft aus der Anonymität ihres Vorkommens in der Wirklichkeit heraus und gewinnen juristische Relevanz", so Ballweg aaO S. 45.
 - 7) Wegerecht als Ordnung aus der Natur der Sache, Gedächtnisschrift für Peters, S. 708 ff.
 - 8) Eigentümerweg, S. 116 ff.
 - 9) AaO S. 722.

sichtbar¹⁾. Sie sei der Natur des Weges zu entnehmen²⁾. Dagegen könne die Ordnung auf dem Weg, nachdem der Weg tatsächlich entstanden sei, nicht allein aus der Natur des Weges abgeleitet werden³⁾. So werde der Gemeingebrauch durch den konkreten Zweck des Weges umgrenzt, der seinerseits im Widmungsakt sichtbar werde⁴⁾. Er sei ferner durch den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit⁵⁾ sowie durch Verkehrsvorschriften und darauf fußende behördliche Verfügungen beschränkt⁶⁾. Geistig vorgestaltet sei er jedoch wie die ganze Wegeordnung bereits durch das "menschliche Sinngeben des Grundstücks zum Weg"⁷⁾.

Dem ist zuzustimmen. Das Wesen eines Weges wird geprägt durch seine Funktionen als Verbindung zwischen verschiedenen Orten und als Vermittler sozialen Kontaktes zwischen den Menschen. Zwar können die besonderen Erscheinungsformen dieser Wegfunktionen je nach dem durch die Widmung bestimmten konkreten Wegezweck wechseln - so ist z.B. die Funktion einer Schnellstraße auf einen anderen Zweck spezialisiert als die eines einfachen Pfades - , jedoch bleibt in jedem Falle die Urfunktion eines Weges gleich⁸⁾. Wie auch immer ein Weg ausgestaltet ist, er dient ausschließlich dem Zweck, Entfernungen zu überwinden, sozialen Kontakt zu ermöglichen und Güter zu befördern.

1) Ähnlich Thiersch, Eigentümerweg, S. 117: "Die Idee, die dem Lebensverhältnis 'Weg' und 'Wegeordnung' zugrundeliegt, entspringt dem natürlichen Bedürfnis der Menschen, nicht isoliert auf einem besonderen Stück Erde zu leben, sondern Orte miteinander zu verbinden, um ein Gemeinschaftsleben in jeder Form verwirklichen zu können".

2) Küchenhoff aaO S. 722.

3) Küchenhoff aaO und S. 728.

4) Küchenhoff aaO S. 723.

5) Küchenhoff aaO S. 724.

6) Küchenhoff aaO S. 725.

7) Küchenhoff aaO S. 729.

8) Im Rahmen seiner Ausführungen über die "Natur" einer Sache spricht Ballweg, Natur, S. 47, von der "Konstanz der unveränderlichen Grundstruktur einer in ihren Erscheinungsbildern wechselnden Wirklichkeit", die der Kern jener Verlässlichkeit sei, die es erst zulasse, auf die objektive Gültigkeit des Erfahrenen zu bauen, ohne sich jeden Tag aufs neue orientieren und verständigen zu müssen.

Auch die Entwicklung des Straßenbaues und des Straßengebrauches haben diese Grundfunktion öffentlicher Wege nicht verändert. Von den allenfalls mit "Knüppeldämmen" und "Findlingssteinen"¹⁾ befestigten Wegen der Vorzeit über die mittelalterlichen Pflasterstraßen bis hin zu den asphaltierten Kunstfahrbahnen der Gegenwart mit zahlreichen Zubehöreinrichtungen²⁾ spannt sich ein weiter Bogen in der Entwicklung der Straßenbautechnik³⁾. Erforderlich wurde diese technische Fortentwicklung wegen der gegenüber früher völlig veränderten Straßenbenutzung durch den modernen Schnellverkehr. Ursprünglich erstreckte sich der Gemeingebrauch auf alle Betätigungsformen gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und verkehrsmäßiger Art, die aus den besonderen Eigenschaften der

-
- 1) Vgl. Bubner, Landstraßen, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, S. 586, 592.
 - 2) Unterteilung der Fahrbahnen in getrennte Fahrspuren durch Trennstreifen, kreuzungsfreie Über- und Unterführungen, Signalanlagen, Leitplanken, Verkehrsschilder, Abweispfosten, Notrufsäulen und dergl.
 - 3) Ihre perfektionierte Ausgestaltung und die weitgehende Reglementierung ihres Gebrauches läßt die moderne Straße einer Anstalt angenähert erscheinen. Auf der Staatsrechtslehrertagung 1962 hat Weber (Bericht VVDStL 21/145, 177 ff.) moderne Autobahnen, Fernverkehrs- und Großstadtstraßen unter Hinweis auf die hier beschriebenen Fakten schlechthin als Anstalten bezeichnet. Soweit kann man m.E. aber nicht gehen. Es fehlen der Straße wesentliche Züge einer Anstalt. Die Straße als öffentliche Sache im Gemeingebrauch ist Verwaltungs o b j e k t (so auch Stern, Mitbericht VVDStL 21/183, 191). "Der Begriff der öffentlichen Anstalt dagegen bezeichnet ein Verwaltungs u b j e k t, einen rechtsfähigen oder nichtrechtsfähigen Träger öffentlicher Verwaltung" (Huber, Problematik, DOV 1955/129, 130. Ebenso Stern, Mitbericht aaO S. 190, Wolff, Lehrbuch II S. 302, Köttgen, Daseinsvorsorge S. 33 und Haas, Die öffentlichen Sachen, DVBl 1962/653, 654). Ferner: Die Anstalt ist zusammengesetzt aus sächlichen u n d persönlichen Mitteln; die öffentliche Straße besteht nur aus einem körperlichen Substrat. Persönliche Mittel gehören nicht zu ihr. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß auch an qualifizierten Fernverkehrs- oder Großstadtstraßen noch ein (zulassungsfreier) Gemeingebrauch, wenn auch auf wenige Nutzungsarten beschränkt, bei öffentlichen Anstalten dagegen ein Gemeingebrauch nicht in Frage kommt (ebenso Merk, Beitrag in der Aussprache zu den Berichten von Weber und Stern, VVDStL 21/232). Auch wird die Anstaltsnutzung nicht durch die
Forts. S. - 71 -

Straße als Objekt der Fortbewegung, der Zusammenkunft, oder der gewerblichen Betätigung erwachsen. Zwar schränkte bereits eine der ältesten Vorschriften auf dem Gebiet des Wegerechts, § 7 II 15 des preußischen Allgemeinen Landrechts, den Straßengebrauch auf die Benutzung zu Zwecken des Verkehrs im Sinne einer Ortsveränderung ein, wenn sie bestimmte:

"Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und zum Fortbringen seiner Sachen gestattet".

Doch war die Vorschrift nach allgemeiner Meinung¹⁾ zu eng. Sie erfaßte die Zweckbestimmung einer öffentlichen Straße nicht in ihrer gesamten Breite. Vielmehr wurde der Umfang der öffentlichen Zweckbestimmung noch durch andere Vorschriften des ALR²⁾ ergänzt³⁾.

3) "potentielle Allgemeinheit", sondern durch einen "spezifischen Interessenkreis" (Stern aaO S. 191) ausgeübt. Korrespondierend hierzu endet das Nutzungsverhältnis in der Regel durch Austritt, d.h. durch freiwilliges Ausscheiden aus der Anstalt. Ein derartiger Austritt findet bei Beendigung der Straßenbenutzung nicht statt. Schließlich besteht ein nicht unwesentlicher Unterschied darin, daß die Anstalt ein ideelles Zweckgebilde, eine "Gründung der Verwaltung" (Forsthoff Lehrbuch I S. 461) ist, die Straße aber als Institution schon so alt ist wie die menschliche Gesellschaft selbst und nur wegen des Übermaßverkehrs eine besondere bauliche und rechtliche Ausgestaltung zur Gewährleistung der Gemeinverträglichkeit durch die Verwaltung erfahren hat. Vgl. hierzu Fobbe, Gemeindegebrauch und Kraftverkehr, S. 67 ff, Stürner, Gestaltungsformen, S. 3 ff, und Salzwedel, Gedanken, DOV 1963/241, 242 f., ders., Besonderes Verwaltungsrecht, S. 438, Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 136 ff. und Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 22 ff.

1) Forsthoff, Lehrbuch I 8. Aufl. S. 342, Schuwerack, Außenwerbung als Straßennutzung, S. 99 mit weiteren Nachweisen, RG, Urteil vom 16. 2. 1929 (RGZ 123/181, 184) und vom 7. 2. 1936 (RGZ 150/216, 219).

2) Z.B. §§ 78 bis 82 I 8 ALR, die sich mit den Anliegerrechten und -pflichten befassen.

3) Vgl. Schuwerack aaO.

Vom einstigen Gemeingebrauch als der umfassenden Benutzung öffentlicher Straßen im Rahmen der Gemeinüblichkeit ist heute nur noch ein Ausschnitt, nämlich die Benutzung zu Zwecken des Verkehrs, übriggeblieben^{1) 2)}. Auch der Begriff Verkehr selbst wurde eingeengt. Vor Erlaß des FStrG und der Länderstraßengesetze war er durch die Rechtsprechung der oberen Zivilgerichte und Verwaltungsgerichte ausgeformt worden³⁾. In ständiger Rechtsprechung⁴⁾ hatte das Reichsgericht entschieden, die Zweckbestimmung der Straße sei nicht auf den Verkehr im unmittelbaren Sinne beschränkt. Straßen hätten auch den aus dem g e s c h ä f t l i c h e n⁵⁾ Verkehr der Anlieger erwachsenen Bedürfnissen zu genügen⁶⁾, soweit dies mit dem Gemeingebrauch vereinbar sei und keine polizeilichen Gesichtspunkte entgegenstünden. Der BGH knüpfte in seiner Entscheidung vom 19. 12. 1956⁷⁾ an diese Grundsätze an. Nach seiner Rechtsprechung

-
- 1) So Art. 14 Abs. 1 Satz 1 StrWG, § 7 Abs. 1 Satz 1 FStrG und die übrigen Landesstraßengesetze, ausgenommen die Regelungen in Baden-Württemberg, Bremen, Hessen und im Saarland.
 - 2) Huber, Problematik, DÖV 1955/129, 132 spricht von der "Wegeherrschschaft des Kraftverkehrs".
 - 3) Vgl. zu den folgenden Ausführungen vor allem Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DÖV 1960/444, 449 ff, mit zahlreichen Nachweisen.
 - 4) RGZ 123/181, 186, RGZ 125/108, 113 und RGZ 132/398, 405. Ebenso für Bayern die Entscheidungen des BayVGH vom 24. 12. 1924 (VGHE 45/93, 94), vom 20. 12. 1929 (VGHE 50/167, 170), vom 19. 5. 1933 (VGHE 54/46, 51) und vom 21. 7. 1933 (VGHE 54/106, 108), welche sich daneben auch allgemein mit der Benutzung der Straße zu gewerblichen Zwecken befassen. Anders das RG in der späteren Entscheidung vom 7. 2. 1936 (RGZ 150/216, 227), wo im Anschluß an § 7 Thüringisches Wegegesetz vom 24. 7. 1929 (ThürGS S. 127) gesagt wird, die Zufahrt zu einer Tankstelle sei Sondernutzung. Anders auch die Entscheidung des VGH vom 27. 5. 1958 (BayVB1 1958/281, 285) unter Berufung auf § 7 FStrG.
 - 5) Im Original nicht gesperrt gedruckt.
 - 6) In gleichem Sinne äußern sich Brabant, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, JW 1938/3201, 3202, Scheuner, Der Gemeingebrauch an Straßen, ZAKDR 1937/484, 486 und Hammes, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, DVB1. 1950/71, 74.
 - 7) NJW 1957/457, 458 = BGHZ 22/395, 399; ebenso im Urteil vom 15. 5. 1957 (DÖV 1957/622). Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang auch die weitere Aussage des erstgenannten Urteils, die Straße diene auch der Besiedlung der Anliegergrundstücke; daher werde die Errichtung eines Bauzaunes von der öffentlichen Zweckbestimmung der Straße erfaßt.

erstrecke sich die Widmung der Straße auch auf die Erfüllung von Zwecken, die sich erst im Zusammenhang mit der ursprünglichen Aufgabe der Straße als Verkehrsweg ergäben. Hierzu zähle u. a. die Unterrichtung des Straßenpublikums durch Reklame im Rahmen des Straßengeschehens¹⁾.

Für die Rechtslage nach den neuen Straßengesetzen stellt Kodal fest²⁾, daß der von der Rechtsprechung entwickelte weite Begriff des Verkehrs, der auch Nutzungsarten zu mittelbaren Verkehrszwecken erfasse, in der neuen Straßengesetzgebung aufgegeben sei^{3) 4)}. Verkehr im Sinne der heutigen Straßengesetze

- 1) Diese Entscheidung ist deshalb interessant, weil sie unter der Geltung des § 7 FStrG, in Kraft getreten im Jahre 1953, gefällt wurde. Nach dieser Vorschrift gehört zum Gemeingebrauch nur der Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung. Der BGH hätte also die streitige Reklamenutzung als Sondernutzung qualifizieren müssen. Offenbar hat er sich jedoch bemüht, die bisher gewohnheitsrechtlich zulässigen Nutzungsformen der Straßenanlieger, insbesondere die der Werbung, mit der neuen Rechtslage nach dem Bundesfernstraßengesetz, das als Vorbild für die Straßengesetze der Länder besondere Bedeutung besaß, in Einklang zu bringen, um Härten zu vermeiden.
- 2) Straßenrecht S. 252. Die heutige Verkehrslage gestattet in weitem Maße Nutzungen, die früher allgemein zum Gemeingebrauch gezählt wurden, nicht mehr. Dieser Veränderung im Tatsächlichen haben die neuen gesetzlichen Regelungen auch dadurch Rechnung getragen, daß das Institut der Nutzungsverleihung, das ein Benützungsrecht auf Dauer gewährte, nunmehr weggefallen ist. Die ständige Anpassung der Nutzungsverhältnisse an die Erfordernisse des modernen Straßenverkehrs ist durch die ausschließliche Gestattung von Erlaubnissen auf Zeit oder Widerruf erleichtert.
- 3) Ebenso Ganschezian-Finck, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957/285, 287. Anderer Ansicht sind Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht Art. 14 Anm. II 1 a) bb), Callsen, Die Regelung des Gemeingebrauchs im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/77, 79, Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/172, die an einem weiteren Verkehrsbegriff festhalten und Schneider, Die Anliegernutzung im neuen Straßenrecht, NJW 1963/276, 277. Nach Schneiders Meinung sei der Begriff Verkehr auch nach den neuen Gesetzen in dem von der Rechtsprechung entwickelten weiten Sinn zu verstehen. Die Straße habe nicht nur dem Verkehr zur Fortbewegung, sondern auch den aus dem geschäftlichen Verkehr erwachsenden Bedürfnissen zu dienen. Verkehr sei kein Selbstzweck, sondern diene der Kommunikation, zu der auch die Befriedigung der Bedürfnisse der Passanten nach Waren des täglichen Bedarfs während der Wegebenutzung gehöre. Dies ergebe sich auch aus der

sei nur der Verkehr im eigentlichen Sinne, d. h. der Verkehr, dessen hauptsächlicher Zweck die Ortsveränderung sei^{1) 2)}.

-
- 3) Amtlichen Begründung zum Entwurf des FStrG, wo zu § 7 ausgeführt sei, an den bisher in den Landesgesetzen und in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über den Gemeinge-
brauch sei Wesentliches nicht geändert worden. Schneider muß sich aber entgegenhalten lassen, daß es gerade Sinn der Ein-
fügung der Worte "zum Verkehr" war, die Straße möglichst von Nutzungen, die sich nicht als Verkehr im eigentlichen Sinne darstellen, freizuhalten.
- 4) Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einschränkung des Gemeingegebrauches auf Verkehrsnutzungen durch die Ge-
setze vgl. Lütke, Gemeingebrauch und Sondernutzung nach ham-
burgischem Wegerecht, S. 131 ff; zur Gesetzgebungskompetenz im Wegerecht generell siehe Baumeister, Zur Geschichte und Problematik des deutschen Straßen- und Wegerechts, S. 34 ff.
- 1) Ebenso Marschall, Kommentar zum FStrG, § 7 Anm. 2 (S. 239), Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 13, Zimniok Art. 14 Anm. 5 b) und Kremer, Die Anliegersondernutzung im neuen Straßenrecht, DVBl 1963/431, 432.
- 2) Nicht alle neuen Straßengesetze haben den engen Verkehrsbe-
griff ihrer Regelung zugrundegelegt. So verwenden § 34 Abs. 1 RPLStrG und § 8 Abs. 2 BerlStrG den weiteren Verkehrsbe-
griff, wie ihn die Rechtsprechung entwickelt hatte. In der Defini-
tion des Gemeingegebrauches durch diese Vorschriften ist das Begriffsmerkmal Verkehr nicht zu finden. Lediglich in § 34 Abs. 3 RPLStrG bzw. § 8 Abs. 2 Satz 3 BerlStrG ist bestimmt, daß kein Gemeingebrauch vorliege, wenn die Stra-
ße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt werde. Das hat seinen guten Grund. So bemerkt Becker, Straßenrecht für Rheinland-Pfalz, Kommunale Schriftenreihe Rheinland-Pfalz Nr. 22, Anmerkung zu § 34 RPLStrG, nach § 7 Bundesfernstraßengesetz sei zwar der Gemeingebrauch an Bundesfernstraßen auf Nutzungen zum Verkehr beschränkt. Das Landesstraßengesetz habe sich auch dieser Regelung angeschlossen, der Landtag habe jedoch auf die Worte "zum Verkehr" in Absatz 1 - nicht so in Absatz 3 - verzichtet und damit verdeutlicht, daß nicht etwa nur Gehen, Fahren, Reiten oder Parken als Verkehrsnutzungen im technischen Sinn zum Gemein-
gebrauch zählen sollten. Die Straße erfülle auch weiterge-
hende Verkehrsfunktionen. § 15 Abs. 1 BWStrG, § 1 Abs. 1 BremerStrO, § 14 Satz 1 HessStrG und § 14 Abs. 1 SaarlStrG sind noch weiter gefaßt. Sie enthalten das Begriffsmerkmal "zum Verkehr" auch nicht in der Form einer Negativaussage darüber, was kein Gemeingebrauch ist. Unter die genannten Vorschriften können daher auch Nutzungen subsumiert werden, die keinen Verkehr im Sinne einer Ortsveränderung darstellen; a.A. Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 5 f.

Trotz dieser quantitativen Einschränkung des Gemeingebrauchs ist als Folge des Massenverkehrs die derzeitige Lage auf unseren Straßen geprägt durch eine Beanspruchung im Übermaß. Es liegen ungesunde und ungewöhnliche Verhältnisse vor, die nicht mit dem eigentlichen Wesen der Straße in ihrer ursprünglichen Bedeutung identifiziert werden können. "Die Situation der Straße wird durch den strukturell gestörten Gemeingebrauch bestimmt"¹⁾. Die außergewöhnliche Masse der Verkehrsteilnehmer verlangt außerordentliche Vorkehrungen, um allen Bürgern wenigstens gewisse Restgebiete früher gemeingebrauchlicher Nutzung zu erhalten²⁾. Zugunsten weniger Nutzungsarten, insbesondere zugunsten des Kraftfahrzeugverkehrs, wird das äußere Bild der Straße verändert³⁾.

Die beschriebenen Wandlungen haben die charakteristischen Merkmale eines öffentlichen Weges in ihrer ursprünglichen Bedeutung nicht verändern können. Das Wesen des Weges, seine Grundfunktion als Vermittler technischen, sozialen und wirtschaftlichen Verkehrs, blieb erhalten. Auch hat die Einengung des Gemeingebrauchs nicht die Variationsbreite der tatsächlichen und - gemessen an der ursprünglichen Bedeutung der öffentlichen Straßen - funktionsgerechten Nutzungsmöglichkeiten verkleinert. Das eigentliche Wesen der Straße, das in ihren verkehrsmäßigen, sozialen und wirtschaftlichen Funktionen erkennbar wird, ist unberührt geblieben. Besondere technische Ausgestaltung und gesetzliche Reglementierung verändern es nicht, sondern verdecken

-
- 1) Huber, Problematik, DÖV 1955/129, 133, ähnlich Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr S. 13.
 - 2) Ebenso BVerwG, das im Urteil vom 14. 3. 1957 (BVerwGE 4/342, 343 = NJW 1957/962) feststellt, die Gestattung der Parkplatzbewachung an öffentlichen Verkehrsflächen lasse den Gemeingebrauch als solchen bestehen und ordne nur die möglichen Nutzungsarten aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs. Hier wird besonders deutlich, daß derartige Maßnahmen verkehrsrechtlicher Art auf das Wesen der Straße keinen Einfluß haben.
 - 3) Ebenso Huber aaO: "Eine Gruppe von Verkehrsteilnehmern und zwar die der technisch stärkeren, drängt durch das Übermaß, in dem sie sich des Gemeingebrauchs bedient, die schwächeren Verkehrsteilnehmer an den Rand".

es nur¹⁾. Vergrößert hat sich nur die Inkongruenz zwischen dem jetzt zulässigen Gemeingebrauch und dem ursprünglichen umfassenden funktionsgerechten Zweck einer öffentlichen Straße. Das zeigt auch der Umstand, daß bei starker Abnahme des Kraftfahrzeugbestandes - unbeschadet der verkehrsrechtlichen Vorschriften - Nutzungen wieder gemeingebrauchlich werden würden, die heute zumindest in Großstadtstraßen ausnahmslos deshalb Sondernutzungen sind, weil sie, um mit der Terminologie des Gesetzes zu sprechen, nicht gemeinverträglich sind. Das zeigt sich ferner an denjenigen Straßen und Wegen, die - sei es wegen ihres schlechten baulichen Zustandes, sei es wegen ihrer abseitigen Lage - auch in der Gegenwart einen nur geringen Verkehr zu bewältigen haben, z.B. bei Feldwegen oder Sackstraßen. Dort umfaßt der Gemeingebrauch noch wesentlich mehr Nutzungen als auf Hauptverkehrsstraßen, nämlich nahezu alle Benutzungsarten, die früher allgemein den Vorstellungen der Bürger über die allumfassende Benutzbarkeit der Straßen entsprachen²⁾; z.B. das Ablagern von Holz, Steinen und dergl. oder das Abstellen landwirtschaftlicher Geräte.

1) So Salzwedel, Gedanken, DÖV 1963/241, 251.

2) Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/154, 172, ist der Ansicht, daß sich der Gemeingebrauch auch unter der Geltung des StrWG auf alle Nutzungsarten erstrecke, die nach der Verkehrsanschauung und Übung bei Straßen bestimmter Art und Zweckbestimmung anerkannt seien. Er folgert dies aus Art. 6 Abs. 2 Satz 3 StrWG, wonach Beschränkungen der Widmung auf bestimmte Nutzungsarten festzulegen und öffentlich bekanntzumachen sind. Fehle es an solchen Beschränkungen durch die Widmung, so seien alle gemeinüblichen Nutzungen gemeingebrauchlich. Mithin stellt auch Förg auf die eigentlichen Funktionen der Straße, nicht auf ihre restriktive gesetzliche Reglementierung ab.

A b s c h n i t t B :

F o l g e r u n g e n f ü r d i e B e s t i m m u n g
d e s R e c h t s c h a r a k t e r s v o n S t r a -
ß e n n u t z u n g e n .

I. Die Unterscheidung der öffentlichrechtlichen Sondernutzungen
von den bürgerlichrechtlichen nach ihrer positiven
Funktionsbezogenheit.

1.) Die Durchführung der Unterscheidung.

In dieser Situation gestörter wegerechtlicher Verhältnisse auf unseren Straßen kann die Anerkennung der aus der Natur der Sache ableitbaren Grundfunktion eines Weges als rechtlich relevante Größe zum wahren dogmatischen Ansatzpunkt für eine wegerechtliche Betrachtung zurückführen. Zwar kommt der Natur des Weges keine Rechtsquelleeigenschaft zu, doch kann sie Mittel der Auslegung und Lückenfüllung, ja sogar Leitgedanke für den Gesetzgeber sein¹⁾. In diesem letzteren Sinn soll die Natur des Weges verstanden sein als Leitgedanke für eine Regelung der Rechtsverhältnisse und damit auch aller Nutzungsverhältnisse an einem Weg de lege ferenda.

Aus der "Natur des Weges" können seine speziellen Funktionen, durch die er sich von jedem anderen Geländestreifen abhebt, unmittelbar abgeleitet werden: er hat im Rahmen seiner natürlichen Funktionsbreite einem umfassenden Zweck als Vermittler des fließenden und ruhenden Verkehrs, des sozialen und wirtschaftlichen Kontaktes zu dienen. Dieser Wegezweck geht über die durch die Widmung im Einzelfall zugelassene konkrete Zweckbestimmung

1) So für die "Natur der Sache" allgemein Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, S. 15.

hinaus¹⁾; denn er ist nicht wie diese konkrete Zweckbestimmung aus Gründen der Gemeinverträglichkeit, der Verkehrssicherung, der Wegeunterhaltung u.s.w. eingeschränkt, sondern orientiert sich ausschließlich am Wesen²⁾ des Weges allgemein. Er erfaßt den gesamten Bereich menschlicher Betätigungsformen, die die Existenz einer Straße voraussetzen, deshalb nur an einer Straße möglich sind und die deswegen eine unmittelbare Bezogenheit zur Straße als Gebilde besonderer Art besitzen. Jedes Rechtsverhältnis und jedes Nutzungsverhältnis, das innerhalb der natürlichen Funktionsbreite einer öffentlichen Straße liegt oder anders ausgedrückt, an die umfassenden Funktionen eines öffentlichen Weges anknüpft und somit eine innere Beziehung zu diesen Funktionen aufweist, muß wegerechtlichen und damit öffentlichrechtlichen Charakter haben. Die Bezogenheit einer Nutzung zu den Funktionen eines Weges entscheidet darüber, ob sie dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen ist.

Bei jeder zu beurteilenden Straßennutzung ist sonach zu fragen: hat sie eine Bezogenheit zu den Funktionen eines Weges? Ist die Frage zu bejahen, so muß die Nutzung bereits aus diesem Grund öffentlichrechtlich sein³⁾. Hängt die Nutzung dagegen nicht von den Funktionen eines Weges ab, kann sie vielmehr ebensogut an einem beliebigen Privatgrundstück ausgeübt werden, so ist sie nicht funktionsbezogen⁴⁾. Sie kann dann zwar auch wegerechtlicher Natur sein, aber nur in dem weiteren Sinn, daß sie unter Umständen deswegen wegerechtlich relevant wird, weil sie auf der Straße geschieht und deshalb den Gemeingebrauch anderer berühren kann.

1) Ebenso Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 109 f.

2) Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, S. 112, nennt es "das publizistisch relevante Wesen einer Straße".

3) Vgl. hierzu Weber, Bericht, VVDStL 21/145, 175 bis 176, der diese Bezogenheit "Zusammenhang mit der öffentlichen Funktion der Straße" nennt.

4) In diese Richtung tendieren auch Gedanken, die bei Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 48 anklingen: "Nur die Rücksicht auf die Durchführung des allgemeinen Weges zwecks kann also die Anwendbarkeit öffentlichen Rechts als

Sie tangiert - vorhältlich ihrer möglichen negativen Funktionsbezogenheit¹⁾ - nur die gewissermaßen eine Stufe tiefer liegende Sphäre des Privateigentums an der Wegefläche und ist bürgerlichrechtlicher Natur.

Bei der Einteilung der Straßennutzungen in solche des öffentlichen und solche des bürgerlichen Rechts nach ihrer Funktionsbezogenheit kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Nutzung auf der Straße oder unter bzw. über der Straßenfläche stattfindet. Der Auffassung Webers²⁾, die "Oberflächenondernutzungen" gehörten wegen ihres regelmäßig gegebenen Zusammenhanges mit der öffentlichen Funktion der Straße zum öffentlichrechtlichen Straßenregime, die Benutzungen "in der Tiefe des Straßenkörpers" dagegen mangels Funktionsbezogenheit in die privatrechtliche Gestaltungssphäre, kann in dieser allgemeinen Form nicht gefolgt werden. Nicht nur a u f der Straßenoberfläche sind typisch straßenbezogene Benutzungsformen zu beobachten, sondern auch u n t e r der Wegefläche oder im Luftraum d a r ü b e r, wenngleich derartige Nutzungen seltener anzutreffen sind. Zu denken ist etwa an gewisse Energie- und Versorgungsleitungen³⁾ oder an Werbeanlagen im Luftraum über der Straße. Andererseits sind nicht alle

4) wissenschaftliche Forderung rechtfertigen". Ebenso schon Schelcher, Der öffentliche Weg, FiZschr 31/1, 51: "Es ist daher, wenn von einer öffentlichen Sache schlechthin gesprochen wird, zu unterscheiden, ob damit die Sache als Träger eines öffentlichen Zwecks gemeint ist oder nur als Sache überhaupt, abgesehen von ihrer öffentlichen Zweckbestimmung, z.B. bei einem öffentlichen Weg, ob er in seiner Eigenschaft als öffentliches Verkehrsmittel, oder ob nur der Grund und Boden in Frage kommen soll". Schelcher löst die öffentliche Sache vollständig aus ihrer Verbundenheit mit dem Privatrecht heraus (S. 52) und ordnet sie ausschließlich dem öffentlichen Recht zu (S. 53 Fußnote 49). Damit erreicht er dasselbe Ergebnis; denn solange die öffentliche Sache im Spiele ist, hat öffentliches Recht zu gelten. Nur dort, wo der Erdboden als solcher Rechtsobjekt ist, kann bürgerliches Recht Platz greifen.

1) Dieser Begriff ist anschließend (S. 82 f.) noch zu erläutern.

2) Bericht, VVDStL 21/175 bis 176.

3) Hierüber ausführlich S. 89 ff.

Oberflächenondernutzungen straßenbezogen, was sich, wie Weber¹⁾ selbst einräumt, z.B. an Obstbaum- und Grasnutzungen zeigt.

Weber kritisiert seine Auffassung selbst, wenn er diese Gegenüberstellung "etwas grob" nennt²⁾. Jedoch ist ihm darin zuzustimmen, daß "das Wesentliche mit ihr bezeichnet" ist³⁾, nämlich die Funktionsbezogenheit einer Nutzung.

Aus der so vorzunehmenden Unterscheidung ergibt sich, daß der Gemeingebrauch, in welchem Umfange er auch immer möglich ist, eine Nutzungsform öffentlichrechtlicher Art ist. Er stellt unmittelbar auf die Funktionen des Weges ab und nutzt sie aus. Bei allen nicht gemeingebrauchlichen Nutzungen ist zu prüfen, ob sie funktionsbezogen und damit öffentlichrechtlicher Natur sind oder nicht. Beispielsweise ist jede Verkehrsnutzung funktionsbezogen und deshalb eine Nutzung nach öffentlichem Recht. Andererseits ist die Benutzung des Straßengrundes für einen Kellerlichtschacht privatrechtlicher Natur; denn der Lichtschacht hat keine Bezogenheit zu den Funktionen einer Straße. Er wäre ebenso notwendig und auch möglich, wenn er in ein Gartengrundstück hineinragen würde. De lege lata wird der Lichtschacht ebenfalls als bürgerlichrechtliche Sondernutzung qualifiziert werden können, weil im Normalfall eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauches Dritter nicht zu erwarten ist.

Das Merkmal der Funktionsbezogenheit hat als Abgrenzungsmerkmal zwei gewichtige Vorzüge: es ist eine konstante Größe, es ist unabhängig davon, wie der Weg im Einzelfall ausgestaltet ist, und es hat rein wegerechtlichen Charakter. Die Gemeinverträglichkeit, das Abgrenzungsmerkmal des geschriebenen Rechts, weist diese Vorzüge nicht auf. Sie ist von wegerechtsfremden Gedanken durchdrun-

1) AaO S. 176.

2) AaO.

3) Weber aaO.

gen¹⁾ und wechselt mit der jeweiligen tatsächlichen Inanspruchnahme der Straße²⁾.

2.) Kontrolle des Ergebnisses.

Ob diese Funktionsbezogenheit vorhanden ist, läßt sich auch feststellen durch eine Art Gegenprobe: welches rechtliche Schicksal erleidet die Nutzung, wenn der Weg nicht nur formell durch Entwidmung eingezogen, sondern auch rein faktisch als Verkehrsträger aufgelassen wird und die Verkehrseinrichtungen verschwinden? Eine funktionsbezogene Nutzung ist dann nicht mehr denkbar, da ihr Bezugsobjekt weggefallen ist. Die Benützung des ehemaligen Weges nach bürgerlichem Recht ist jedoch weiterhin möglich und durchführbar³⁾. Das private Nutzungsrecht wird durch die Einziehung und den tatsächlichen Wegfall des Weges nicht berührt; es besteht weiter, ebenso wie das Privateigentum an der bisher dem Weg dienenden Grundfläche weiterexistiert. Beispielsweise ist die Benutzung des Weges als Stellfläche für einen Verkaufsstand nach Beseitigung des Weges nicht mehr sinnvoll und nach öffentlichem Recht unmöglich, weil sie ein spezifisches Merkmal der Straße, den Publikumsverkehr, voraussetzt. Dagegen kann das Wegegelände durch den Kellerlichtschacht auch dann noch benutzt werden, wenn das bisherige Straßengrundstück einer anderen Bestimmung zugeführt wird.

1) Siehe oben S. 53.

2) Siehe oben S. 54 f.

3) Ähnlich grenzt Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 55 bis 56 ab, um den Umfang der Mitsprachebefugnis des Wegeeigentümers zu bestimmen: "Alle diejenigen öffentlichrechtlichen Beziehungen, welche über die unmittelbare Bestimmung des Weges als Ort des allgemeinen Verkehrs wesentlich hinausgehen, und welche weiterhin nicht ihre Daseinsberechtigung verlieren, wenn der allgemeine Verkehr auf dem Grundstück wegfällt, sind der Mitbestimmung des Privatberechtigten unterworfen."

3.) Die Rechtsstellung des Wegeeigentümers.

Die Unterscheidung der Straßennutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit und ihre dementsprechende Einteilung in solche des öffentlichen und solche des bürgerlichen Rechts greift nicht in die Rechtsstellung des Wegeeigentümers, die ihm heute noch verblieben ist, ein. Gemäß Art. 6 Abs. 3 StrWG setzt die Widmung die Zustimmung des Wegeeigentümers voraus; war der die Widmung verfügende Träger der Straßenbaulast - wie in der Regel - gleichzeitig Eigentümer des Straßengeländes, so mußte er gleichwohl in dieser Eigenschaft mit der Widmung einverstanden sein. Die Zustimmung erstreckte sich darauf, künftig alle Nutzungen auf der Wegefläche zu dulden, die sich als natürliche Folge der Öffentlichkeit des Weges ergeben¹⁾.

Aber auch außerhalb dieses Bereiches möglicher Wegebenutzungen hat der Wegeeigentümer nach modernem Wegerecht, wie wir oben²⁾ gesehen haben, keine Mitspracherechte mehr^{3) 4)}. Da die Rechte aus dem Eigentum der Ausübung nach dem öffentlichrechtlichen Wegeherrn zustehen, können auch in diesem Bereich Befugnisse aus dem Wegeeigentum nicht beeinträchtigt sein. Dies gilt auch bei der Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Nutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit.

II. Die negative Funktionsbezogenheit - Bedeutung der Gemeinverträglichkeit im Rahmen dieser Unterscheidung.

Die hier dargestellte Abgrenzung öffentlichrechtlicher Sondernutzungen von solchen des bürgerlichen Rechts ließ Gesichts-

1) Ebenso im Ergebnis Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 115.

2) S. 41 ff.

3) Vgl. Art. 13 Abs. 1 StrWG und die korrespondierenden Vorschriften der anderen Landesstraßengesetze.

4) Ebenso Hardinghaus aaO S. 135.

punkte der Gemeinverträglichkeit außer Acht. Nach dem Merkmal der Funktionsbezogenheit könnten daher auch solche Nutzungen nach öffentlichem Recht eingeräumt werden, die gemeinverträglich sind. Umgekehrt wäre die bürgerlichrechtliche Gestattung einer Nutzung, die nicht funktionsbezogen ist, auch dann möglich, wenn die Nutzung gemeinschädlich ist.

Wegerechtlich ist es aber notwendig, eine Nutzung *a u c h* darauf zu untersuchen, ob sie den Gemeingebruch anderer Benutzer stört. Die Gestattung gemeinschädlicher Nutzungen kann nicht von der bürgerlichrechtlichen Dispositionsfreiheit eines Rechtsträgers abhängen; denn solche Nutzungen berühren das Interesse der Allgemeinheit an der ungestörten Ausübung des Gemeingebraches. Sie berühren ferner den Umfang der natürlichen Funktionsbreite einer Straße; denn bei Beeinträchtigung des Gemeingebraches steht der Allgemeinheit die öffentliche Straße nicht mehr in ihrer vollen Funktionsbreite zur Verfügung. Diese Nutzungen stehen gerade wegen ihrer Gemeinschädlichkeit in einer Beziehung zu den Funktionen des Weges. Diese Beziehung ist nicht in dem bisher dargestellten positiven Sinn aufzufassen, sondern in einem negativen Sinn: die Nutzungen beschränken die Funktionsbreite der Straße; sie sind negativ funktionsbezogen¹⁾.

Die bisher dargestellte These bedarf daher einer Erweiterung: eine Wegebenutzung ist nicht nur nach ihrer positiven Funktionsbezogenheit, sondern auch nach ihrer negativen Beziehung zu den Funktionen der Straße zu beurteilen. Positiv funktionsbezogen ist die Nutzung, die an die Existenz der Straße als solche und ihre Funktionen verkehrsmäßiger, sozialer und wirtschaftlicher Art anknüpft; negativ funktionsbezogen ist sie, wenn sie die Funktionen der Straße einengt, insbesondere, wenn sie den Gemeingebruch

1) Ähnlich Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, FiZschr 47/1, 49, wenn er sagt, es komme allein darauf an, ob die Tätigkeit auf den allgemeinen Zweck des öffentlichen Weges von Einfluß sein könne, und er daher die Abgrenzung Schelchers, Der öffentliche Weg, FiZschr 31/1, 64 f., der nur auf die positive Bezogenheit einer Nutzung zur Straße abstellt, als ungenau bezeichnet.

beeinträchtigt oder zumindest beeinträchtigen kann. In beiden Fällen der Funktionsbezogenheit ist die öffentlichrechtliche Seite der öffentlichen Straße angesprochen; für bürgerlichrechtliche Regelungen ist insoweit kein Raum.

Die Rechtsnatur einer Straßenbenutzung nach dem Kriterium der Funktionsbezogenheit ist daher zusammenfassend wie folgt zu bestimmen:

Maßgebliches Abgrenzungsmerkmal ist die positive Funktionsbezogenheit der Nutzung. Ist diese Funktionsbezogenheit zu bejahen, so handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Nutzung; Fragen der negativen Funktionsbezogenheit tauchen hier nicht auf. Interessanter sind die Fälle, in denen die Prüfung ergibt, daß eine positive Funktionsbezogenheit zu verneinen ist. Hier kann die Untersuchung nicht abgebrochen werden mit dem Ergebnis, es liege mangels positiver Funktionsbezogenheit eine bürgerlichrechtliche Nutzung vor. Vielmehr ist nun zu prüfen, ob die Nutzung negativ funktionsbezogen, d. h. gemeinschädlich ist. Erweist sich die Nutzung als gemeinverträglich, so ist sie weder positiv noch negativ funktionsbezogen. Sie kann dann in privatrechtlichen Formen eingeräumt werden. Stellt sich heraus, daß sie gemeinschädlich ist, so hat der öffentlichrechtliche Wegeherr als Garant ungestörter Straßenbenutzung kraft öffentlichen Rechts zu entscheiden, ob die Nutzung der Allgemeinheit der Straßenbenutzer zugemutet werden kann.

Mit der hier dargestellten Konstruktion wird erreicht, daß die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht bei Straßenbenutzungen in erster Linie nach einem rein wegerechtlichen Merkmal durchgeführt wird. Die Gemeinverträglichkeit wird als negative Funktionsbezogenheit in die zweite Linie verwiesen. Die Bedeutung der ihr innewohnenden wegerechtsfremden Gesichtspunkte wird dadurch zurückgedrängt. So findet auch die Gemeinverträglichkeit, die wir als Institut unserer gesamten Rechtsordnung kennengelernt hatten, Berücksichtigung, freilich nur in dem

ihr zustehenden Rahmen¹⁾.

III. Das Verhältnis dieser These zu den anderen Sondernutzungstheorien.

1.) Das Verhältnis zur bayerischen Rechtstradition und zur Theorie des Reichsgerichts.

Die hier entwickelte These weicht sowohl im Ausgangspunkt als auch im Ergebnis erheblich vom früheren bayerischen Recht und der Theorie des Reichsgerichts ab. Zwar besteht Übereinstimmung darin, daß die dualistische Struktur der öffentlichen Straße erhalten geblieben ist. Dieser Dualismus hat jedoch eine ganz andere Ausgestaltung erfahren.

Die Unterscheidung der Nutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit verlagert den sog. klassischen Dualismus in Anlehnung an die neuere Wegerechtswissenschaft in den Bereich der Sondernutzungen. Die Möglichkeit, bürgerlich-rechtliche Nutzungen zu gestatten, ist auch nach unserer These eine Restbefugnis aus dem privaten Wegeigentum. Abweichend vom historischen Rechtszustand, aber in Übereinstimmung mit dem geltenden bayerischen Recht (Art. 13 Abs. 1 StrWG), ist diese Befugnis der Ausübung nach jedoch dem öffentlichen Wegeherrn übertragen. Daher ist heute die Aufteilung in öffentlich-rechtliche und bürgerlich-rechtliche Nutzungen nurmehr eine rechtstechnische Unterscheidung. Auch das Abgrenzungsmerkmal hat sich geändert. Das spätere bayerische Recht, wie es schließlich im StrWG seinen Niederschlag gefunden hat, teilt die Sondernutzungen nach dem Gesichtspunkt der Gemeinverträglichkeit ein. Bei der Unterscheidung nach der Funktionsbezogenheit ist jedoch die Gemeinverträglichkeit nicht

1) Ähnlich Salzwedel, Gedanken, DOV 1963/241, 251, wenn er darauf hinweist, daß es im Wegerecht um die abstrakte Verkehrsaufgabe der öffentlichen Sache gehe und nur die Probleme, die in *n e r h a l b* der abstrakten Zweckbestimmung der öffentlichen Sache dadurch aufräten, daß zu viele Benutzer zu gleichen Zeiten zu intensive Benutzungsansprüche stellten, nach Gesichtspunkten der Gemeinverträglichkeit gelöst werden müßten.

ausreichend für die Bejahung einer bürgerlichrechtlichen Sondernutzung. Während z.B. Werbeschilder und Leuchtreklamanlagen, die nur geringfügig in den Luftraum der Straße hineinragen, nach Art. 22 Art. 1 StrWG bürgerlichrechtliche Sondernutzungen sind, müssen sie nach der hier dargestellten Abgrenzung wegen ihrer positiven Funktionsbezogenheit dem öffentlichen Recht unterstellt werden. Die Alternative lautet nicht mehr: Nutzung der öffentlichen Sache 'Weg' oder des Privateigentums an der Wegefläche, sondern: Ausnutzung der speziellen Funktionen eines öffentlichen Weges oder funktionsindifferente Nutzung eines Grundstücks, auf dem ein Weg verläuft.

2.) Das Verhältnis zur Lehre Schacks.

Das entscheidende Kriterium für die Bejahung der öffentlichrechtlichen Natur einer Sondernutzung besteht nach Schack darin, daß die Nutzung öffentliche Belange zwangsläufig berührt¹⁾. Folglich verneint er die Möglichkeit wegerechtlich relevanter Straßennutzungen nach bürgerlichem Recht. Anders die hier dargestellte These: Sondernutzungen, die weder positiv noch negativ funktionsbezogen sind, gehören dem bürgerlichen Recht an, weil insoweit das private Wegeeigentum nicht durch den öffentlichrechtlichen Status des Weges überlagert ist. Im Ergebnis ist freilich wie bei der Lehre Schacks die Entscheidung über eine Sondernutzung immer in die Hände des öffentlichrechtlichen Wegeherrn gelegt, weil nur dieser berufen ist, zu entscheiden, ob die Nutzung positiv, negativ oder nicht funktionsbezogen ist. Gegenüber dieser Gemeinsamkeit ist die Abweichung von der Lehre Schacks, nämlich die der Wegebehörde eingeräumte Differenzierungsmöglichkeit in öffentlichrechtliche und bürgerlichrechtliche Sondernutzungen, von untergeordneter Bedeutung, zumal es sich um eine rein rechtstechnische Differenzierung handelt.

1) Siehe oben S. 34 .

3.) Das Verhältnis zur Lehre von Hardinghaus.

Die hier vorgeschlagene Lösung ist der These von Hardinghaus über die Maßgeblichkeit des Sachzwecks einer öffentlichen Sache¹⁾ verwandt. Nach Hardinghaus gilt im Bereich der Nutzung einer öffentlichen Sache ausschließlich öffentliches Recht, weil der Sachzweck der öffentlichen Sache alle ihre Nutzungsmöglichkeiten erfasse²⁾ und eine Einflußnahme des Privateigentümers ihre "gesellschaftliche Komplementärfunktion"³⁾ gefährde. Auch unsere These stellt auf den Sachzweck ab. Abweichend von Hardinghaus erstreckt sich dieser Sachzweck jedoch nicht generell auf jede nur denkbare Nutzungsmöglichkeit des Weges, sondern nur auf die Nutzungen, die funktionsbezogen auf den Wegezweck sind. Daher gibt es nach unserer These sehr wohl Nutzungsbereiche, die vom Wegezweck - ableitbar aus der Grundfunktion des Weges - nicht erfaßt werden, die auch die funktionsbezogene Benützung des Weges nicht stören und die deshalb der Geltung des Privatrechts vorbehalten bleiben. Daß der öffentlichrechtliche Wegeherr auch in diesen Bereichen über die Gestattung einer privaten Sondernutzung entscheidet, folgt aus der Notwendigkeit, die Vereinbarkeit j e d e r Nutzung mit den Interessen der Allgemeinheit durch einen kompetenten Hoheitsträger überwachen zu lassen⁴⁾. Die Anwendung privater Rechtsformen ist ihm jedoch nicht verwehrt⁵⁾.

IV. Praktische Beispiele.

Jede Art von Verkehr ist funktionsbezogen und damit öffentlichrechtlicher Natur. Gleiches gilt für die mit dem Verkehr mittelbar zusammenhängenden Nutzungsformen, z.B. für

1) Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 108 ff.

2) Hardinghaus aaO S. 110; siehe oben S. 23.

3) Hardinghaus aaO S. 112 im Anschluß an Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 35.

4) Vgl. Art. 13 Abs. 1 StrWG.

5) Anders Hardinghaus aaO S. 117.

Parkplätze, Wartehäuschen an Straßenbahnhaltestellen oder Fahrradständer. Ebenfalls funktionsbezogen sind Warenautomaten, die verschiedenen Erscheinungsformen des Straßenhandels, das Aufstellen von Tischen und Stühlen vor Cafés und Gaststätten, Vordächer, die ankommende Gäste vor der Witterung schützen sollen und dergl. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Rechtslage nach dem StrWG.

Bei der Straßenwerbung, die in all ihren Erscheinungsformen funktionsbezogen ist, differenziert das geltende Recht in gemein-schädliche und gemeinverträgliche Werbung. Insoweit bringt die neue Unterscheidung eine Vereinfachung, weil sie jede Art von Werbung dem öffentlichen Recht zuordnet. Abweichend vom StrWG wären auch die Versorgungsleitungen zu behandeln. Sie besitzen Funktionsbezogenheit insoweit, als sie der Erschließung der An-liegergrundstücke dienen¹⁾.

Obwohl ihnen die positive Funktionsbezogenheit fehlt, wären wegen ihrer negativen Funktionsbezogenheit ebenfalls nach öffent-lichem Recht zu gestatten alle Nutzungen, die den Straßenraum aus Gründen des Platzmangels vorübergehend als Lagerraum für Bau-materialien, Kohlen und andere Gegenstände beanspruchen, Gerüste zur Renovierung der Hausfassaden, die Verlegung von Gleisen, wenn auf ihnen ein Güter- oder Personentransport ohne Bezug auf die Straße stattfindet, z.B. bei der Kreuzung einer Straße durch eine werkseigene Bahn, ferner Überbauten aus Platzmangel und dergl.

Weder positiv noch negativ funktionsbezogen ist schließlich bei-spielsweise das Überqueren des Luftraumes über der Straße mit Freileitungen des Fernspreckverkehrs in großer Höhe. Diese Nutzung wäre in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht²⁾ als bürgerlich-rechtlich zu qualifizieren.

1) Bei Versorgungsleitungen ist noch weiter zu differenzieren. Wegen ihrer großen Bedeutung im heutigen Wegerecht sollen die Rechtsprobleme der Energieversorgung zusammengefaßt und ge-sondert im ersten Kapitel des zweiten Hauptteiles dargestellt werden. Die hier getroffenen Feststellungen sind daher nur ein Zwischenergebnis.

2) Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 10.

Z W E I T E R H A U P T T E I L :

E I N Z E L N E B E N U T Z U N G S A R T E N .

Nachdem wir uns im ersten Hauptteil mit den allgemeinen Grundsätzen des Sondernutzungsrechts nach dem StrWG befaßt haben, sind nun die einschlägigen Sondervorschriften des Gesetzes näher zu betrachten. Dabei soll auch ermittelt werden, ob die Unterscheidung der Sondernutzungsarten nach ihrer Funktionsbezogenheit im Einzelfall zu brauchbaren Ergebnissen führen würde.

E r s t e s K a p i t e l

DAS RECHT DER ENERGIEVERSORGUNGSLEITUNGEN.

Wegen seines historisch bedingten engen Konnexes mit Rechtsformen des bürgerlichen Rechts birgt dieses Teilgebiet des Rechts der Wegebenutzung viele Zweifelsfragen. Die ohnehin komplexe Natur des Sondernutzungsrechts wird durch die besonderen rechtlichen und vor allem wirtschaftlichen Belange der öffentlichen Versorgung mit Strom, Wasser, Gas, Fernwärme etc. noch verwickelter. Es ist daher im Rahmen dieser Arbeit notwendig, sowohl die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses zwischen Wegeherrn, Wegeeigentümer und Versorgungsunternehmen als auch die Art und die Höhe des Nutzungsentgeltes zu untersuchen.

A b s c h n i t t A :

D a s B e n u t z u n g s v e r h ä l t n i s s .

I. Die gesetzliche Regelung.

Nach dem System der Art. 18 Abs. 1 und 22 Abs. 1 StrWG wird eine Sondernutzung durch öffentlichrechtliche Erlaubnis gewährt, wenn der Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigt werden kann, dagegen durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung, wenn

die Nutzung gemeinverträglich ist. Gleiches müßte an sich für Nutzung zu Zwecken öffentlicher Versorgung gelten. Art. 22 Abs. 2 StrWG beinhaltet ebenfalls den Fall eines Gebrauchs "über den Gemeingebrauch hinaus", also einer Sondernutzung¹⁾. Dies ergibt sich aus dem engen Sinnzusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 2, ferner aus der Formulierung "stets" in Abs. 2, die nur als Gegenstück zu der in Abs. 1 genannten Bedingung zu verstehen ist. Gleichwohl weicht Art. 22 Abs. 2 StrWG von der Systematik der Art. 18 Abs. 1 und 22 Abs. 1 StrWG ab. Die Vorschrift unterstellt Sondernutzungen für Zwecke öffentlicher Versorgung auch dann dem bürgerlichen Recht, wenn der Gemeingebrauch - freilich nur kurzfristig - beeinträchtigt wird. In der Amtlichen Begründung²⁾ heißt es hierzu:

"Im Rahmen des Sondernutzungsrechts kommt der öffentlichen Versorgung eine Sonderstellung zu. Einerseits ist sie unter Umständen zur bestimmungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben gezwungen, die Straße zu benutzen....., andererseits dient die Versorgungswirtschaft weitgehend selbst den öffentlichen Interessen..... Endlich beruht aber heute die Versorgungswirtschaft weitgehend auf einem System von bürgerlichrechtlichen Verträgen, die auch im Kartellgesetz entsprechend berücksichtigt wurden. Es war daher auch die Bitte der Versorgungswirtschaft, an dem bewährten Aufbau nicht zu rütteln, die zum § 8 Abs. 10 FStrG führte. Art. 23 Abs. 2 3) folgt diesem Vorbild." 4)

Diese Argumente halten einer kritischen Überprüfung nicht stand. Die Abweichung von der Systematik des Gesetzes ist weder durch gewichtige praktische noch durch rechtliche Gesichtspunkte zu rechtfertigen⁵⁾.

1) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 2.

2) 3. Legislaturperiode, Beilage 2832 S. 30, zu Art. 23 Abs. 2.

3) Jetzt Art. 22 Abs. 2 StrWG.

4) Vgl. zum Werdegang des sachlich korrespondierenden § 8 Abs. 10 FStrG Marschall, FStrG, § 8 Anm. 11 b) (S. 338). Zur Problematik des privatrechtlichen Rechtscharakters von Energieversorgungsverträgen siehe neben dem sog. energiewirtschaftlichen Schrifttum vor allem die eingehenden Erörterungen von Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer, S. 230.

5) Daß auch andere rechtliche Lösungen möglich sind, zeigt die Regelung in Berlin. Nach § 11 Abs. 1 BerlStrG bedarf jede Benutzung öffentlicher Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung der Erlaubnis gemäß § 10, d.h. der Erlaubnis der

1.) Notwendigkeit einer bürgerlichrechtlichen Regelung.

Richtig ist, daß der öffentlichen Versorgung gegenüber den anderen Sondernutzungsberechtigten eine Sonderstellung zukommt¹⁾. Dies ergibt sich daraus, daß die Versorgungsunternehmen an der Verwirklichung von Aufgaben der Daseinsvorsorge beteiligt sind und ihre ungestörte Funktionsfähigkeit daher im öffentlichen Interesse liegt. Diese Funktionsfähigkeit ist jedoch nicht an die bürgerlichrechtliche Regelung der Benutzung öffentlicher Verkehrsflächen durch Versorgungsleitungen geknüpft.

Allerdings sind die Interessen der Versorgungsunternehmen mit der derzeitigen gesetzlichen Regelung öffentlichrechtlicher Sondernutzungen nur schwer in Einklang zu bringen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität oder Fernwärme setzt gewaltige Investitionen für die Verlegung und Unterhaltung der Leitungssysteme voraus, die wirtschaftlich nur sinnvoll sind, wenn gewährleistet wird, daß die Leitungen auch bis zu ihrer völligen Abnutzung gebraucht werden können. Diese Gewähr besteht nicht, wenn die Verlegung der Leitungen - wie nach Art. 18 StrWG - nur auf jederzeitigen Widerruf oder auf Zeit gestattet ist. Ein Dauernutzungsrecht kann nach der jetzigen Gesetzeslage außer an Gemeindestraßen²⁾ durch eine öffentlichrechtliche Erlaubnis nicht eingeräumt werden. Da auch durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag nichts Gegenteiliges vereinbart werden kann, bleibt der Praxis als Ausweg nur eine bürgerlichrechtliche Vereinbarung;

5) Straßenaufsichtsbehörde und (wegen des dualistischen Charakters der Sondernutzungen nach diesem Gesetz) der Zustimmung des Straßeneigentümers.

1) So ist den Leitungsversorgern durch § 11 EnergWG das Recht eingeräumt, die Entziehung oder Beschränkung von Grundeigentum oder Rechten am Grundeigentum im Wege der Enteignung durchzuführen. Die Enteignung setzt aber voraus, daß ihre Zulässigkeit vorher von der Energieaufsichtsbehörde festgestellt wurde; vgl. Eiser-Riederer-Sieder, Energiewirtschaftsrecht, Vorbemerkung 4 a vor §§ 8, 9 EnergWG (I S. 218).

2) Siehe hierzu im einzelnen unten S. 121 bis 122.

denn das bürgerliche Recht bietet die Formen für ein Dauerrecht¹⁾. Der Gesetzgeber mußte daher die Ausnahmegvorschrift des Art. 22 Abs. 2 StrWG erlassen, die den Abschluß privatrechtlicher Verträge gestattet. Wenn aber im Hinblick auf die besonderen Belange der Versorgungswirtschaft schon eine Sonderregelung geboten schien, so hätte den Versorgungsunternehmen auch ein Dauerrecht kraft öffentlichen Rechts gewährt werden können. Eine derartige Regelung hätte der Systematik des Gesetzes besser entsprochen.

Die Ausnahmeregelung des Art. 22 Abs. 2 St:WG ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil das Recht der Versorgungsleitungen bisher auf bürgerlichrechtlicher Basis geregelt war. Gesichtspunkte der Überlieferung sollten bei der erstmaligen Kodifizierung einer Rechtsmaterie zugunsten sauberer Rechtsdogmatik zurücktreten.

2.) Gefahren einer bürgerlichrechtlichen Regelung.

Das Recht der öffentlichen Versorgung ist durch seine Zuordnung zum bürgerlichen Recht - abgesehen von energie- und preisrechtlichen Gesichtspunkten²⁾ - einer staatlichen Aufsicht weitgehend entzogen³⁾. Darin liegt die Gefahr privatrechtlicher Vereinbarungen zum Nachteil des Gemeingebrauches. Zwar schreibt Art. 22 Abs. 2 StrWG auch für das Recht der Versorgungsleitungen eine öffentlichrechtliche Regelung vor, wenn der Gemeingebrauch nicht nur für kurze Dauer beeinträchtigt wird, jedoch ist der Begriff "kurze Dauer"⁴⁾ so unbestimmt, daß im Einzelfall zugunsten der Versorgungsunternehmen nahezu jede Beschränkung des Gemeingebrauches unter eine kurz-

1) Ob jedoch eine solche Dauernutzungsbefugnis auch wegerechtmäßig zulässig ist, soll weiter unten näher untersucht werden (S.120f.)

2) Siehe hierüber unten S.104 ff.

3) Hölzl, Gemeindeordnung, Art. 109 Anm. II 3 a), ebenso Widmann, Fiskalische Gemeindeverwaltung und Rechtsaufsicht, BayVBl. 1960/109, 110. Das ist jedoch nicht unbestritten; vgl. z.B. die gegenteilige Auffassung von Mang, Fiskalische Gemeindeverwaltung u. Rechtsaufsicht, BayVBl. 1960/110.

4) Einen interessanten Anhaltspunkt für die Annahme einer kurzdauernden Beeinträchtigung geben Sieder-Zeitler Art. 22 RdNr. 14: "Wann eine kurzdauernde Beeinträchtigung angenommen werden kann, ist an sich Tatfrage; es können hierfür keine absoluten Forts. S. 93 -

dauernde Beeinträchtigung subsumiert werden kann¹⁾.

- 4) Werte angenommen werden, sondern es muß die Bedeutung des Unternehmens für die Versorgungswirtschaft in Beziehung gesetzt werden zu der Verkehrsbedeutung einer Straße (z.B. unter Prüfung der Frage, wie lange dem Verkehr gegebenenfalls eine Umleitung zugemutet werden könnte)." Ähnlich Malzer, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, S. 40 und Nedden, Kreuzungsrecht, S. 113.
- 1) Vgl. hierzu die Kommentierung bei Eiser-Riederer-Sieder aaO Abschnitt V S. 14: "Immerhin läßt der Runderlaß Nr. 8/53 (des Bundesministers für Verkehr vom 18. 8. 1953 - StB 2-Rabs 20395/Vm 53 - ; der Verfasser) erkennen, daß keine Kleinliche Handhabung dieser Bestimmung beabsichtigt ist. So werden zwei besonders wichtige Fälle (Aufgraben der Fahrbahn zur Kabelverlegung und Montage von Freileitungen) bereits als nicht beeinträchtigend gekennzeichnet." Ebenso Marschall, Kommentar zum FStrG, § 8 Anm. 11 (S. 344). Auch die Definition, die Sieder-Zeitler bei Art. 22 RdNr. 14 geben, zeigt, wie weit der Begriff der kurzdauernden Beeinträchtigung ausgedehnt wird: "Kurzdauernd ist..... eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauches dann, wenn und solange überwiegende Interessen im Hinblick auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs diese Beeinträchtigung zeitlich noch nicht als unerträglich erscheinen lassen."

Um die Tragweite dieser Aussagen zu erfassen, muß man sich die Durchführung einer Kabelverlegung und ihre Folgen vor Augen halten. Allein mit dem Zuschütten des Grabens nach Beendigung der Arbeiten ist die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches noch nicht zu Ende. Die Straßendecke kann nicht sogleich in ihrer endgültigen Form wiederhergestellt werden, weil sich das geschüttete Erdreich erst setzen muß. Hierfür sind bei tiefen Gräben Monate erforderlich. Während dieser Zeit bilden sich im Verlauf des ursprünglichen Grabens Vertiefungen, die die Straßenbenutzer zu langsamem Fahren zwingen. Die Baustelle stört den Verkehr noch lange nach dem Abzug der Bautrupps. All dies soll unter den Begriff der kurzdauernden Beeinträchtigung fallen. Es liegt doch eine weit größere Beeinträchtigung vor als z.B. beim Betanken von Mopeds durch eine Faßtankstelle auf Bürgersteigen, das der Tankstelleneinhaber nur mit einer öffentlichrechtlichen Sondernutzungserlaubnis durchführen darf, weil nach einhelliger Meinung diese Nutzung den allgemeinen Gebrauch der Straße beeinträchtigt (vgl. Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 57, Marschall aaO § 7 Anm. 6, S. 281 im Anschluß an die Entscheidung des RG vom 7. 2. 1936, RGZ 150/216 ff). Siehe hierzu auch de Weldige-Cremer, Benutzung, S. 79 und Malzer aaO S. 46 ff.

Eine gewisse Korrektur dieser Ausweitung des Art. 22 Abs. 2 StrWG zeichnet sich durch die Rechtsprechung ab. So hat der VGH in seinem Urteil vom 22. 3. 1963 Nr. 23 IV 60 (Leitsätze veröffentlicht in BayVBl. 1963/287) festgestellt, daß die Verlegung von Ferngasleitungen und das Vorhandensein solcher in Straßen keine kurzdauernde Beeinträchtigung mehr ist. Ähnlich BGH, Urteil vom 25. 9. 1961

Forts. S. - 94 -

Es ist de Weldige-Cremer¹⁾ darin beizupflichten, daß dieser Begriff wegen seiner Dehnbarkeit Auslegungsstreitigkeiten geradezu heraufbeschwört²⁾.

Weiterhin ist zu beachten, daß eine potentielle Beeinträchtigung, die nach dem Gesetz bereits die Gemeinschädlichkeit einer Nutzung ergibt, dadurch erhalten bleibt, daß die Leitungen eines Tages undicht werden oder brechen. Wenn auch nicht stets so weitreichende Folgen eintreten werden wie bei einem Wasserrohrbruch in der belebten Geschäftsstraße einer Großstadt, so kann doch gerade in Zeiten erhöhten Verkehrs der Gemeingebrauch durch unaufschiebbare Reparaturen empfindlich gestört werden.

Schließlich ergibt sich: Gewisse Bestandteile von Versorgungsleitungen, z.B. Transformationsstationen, Schaltkästen etc., können den Gemeingebrauch dauernd erheblich beeinträchtigen. Sie unterstehen auch nach Art. 22 Abs. 2 StrWG dem öffentlichen Recht³⁾; ihre Errichtung kann nur auf Zeit oder Widerruf gestattet werden. Müssen die Schaltstationen aber wegen Fristablaufes oder Widerrufs der Erlaubnis beseitigt werden, so sind auch die für Dauer durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung gestatteten Teile des Leitungssystems wertlos⁴⁾.

noch 1) von S. 93:

(BGHZ 36/1, 6): "..... die Benutzung des Wegekörpers durch eine Versorgungsleitung ist eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung ..., ein Vorgang, der im öffentlichen Recht wurzelt"; anders aber BVerwG, Urteil vom 29. 3. 1968, DVBl. 1969/312 mit zustimmender Anmerkung von Schack (aaO S. 314): die Inanspruchnahme einer Bundesstraße für Versorgungsleitungen sei keine Sondernutzung i. S. des § 8 Abs. 1 FStrG, sondern unterliege allein der freien Vereinbarung zwischen dem Straßeneigentümer und dem Benutzer (§ 8 Abs. 10 FStrG).

- 1) Benutzung, S. 89.
- 2) Einigkeit besteht im wesentlichen jedoch heute darüber, daß Kabelverlegungen längs der Straße nicht kurzdauernd sind; vgl. Eiser-Riederer-Sieder aaO, Marshall aaO S. 344, Malzer aaO S. 46 und Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 64. Dem ist zuzustimmen.
- 3) Ebenso Nedden, Kreuzungsrecht, S. 113 und Schack aaO S. 64 Fußnote 119 für "große Leitungen" an Bundesfernstraßen.
- 4) Ebenso de Weldige-Cremer aaO S. 89 bis 90.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Wegeeigentümer bei Fehlen staatlicher Aufsicht eher geneigt ist, sein Wege-
monopol¹⁾ für fiskalische Zwecke auszunutzen und hohe Be-
nutzungsentgelte zu verlangen²⁾, ist im Ergebnis festzustel-
len, daß sich die Regelung des Art. 22 Abs. 2 StrWG den Vor-
wurf Sterns³⁾ gefallen lassen muß, sie habe die wegerecht-
lichen Probleme der Energieversorgung nicht zuendegedacht⁴⁾.
Ausnahmeregeln, die mit den Grundsätzen eines Gesetzes in
Widerspruch stehen, sollten nur dann getroffen werden, wenn
die Natur der Sache eine Durchbrechung der allgemeinen Regel
erfordert⁵⁾.

II. Neuere Tendenzen des Wegerechts und die Versorgungsleitungen.

Angesichts der Schwierigkeiten, die Belange der Versorgungs-
wirtschaft mit den Regelungen der Wegegesetze, die ein Dauer-
nutzungsrecht nicht kennen, in Einklang zu bringen, soll hier
ein Vorschlag gemacht werden, wie das Recht der Energiever-
sorgungsleitungen de lege ferenda wegerechtlich ohne dogma-
tisch bedenkliche Sonderregelungen bewältigt werden könnte.
Als Anknüpfungspunkte hierzu bieten sich an die umfassende
Zweckbestimmung bestimmter öffentlicher Straßen, eine exten-
sive Auslegung des Begriffes Verkehr und die Funktionsbezogen-
heit von Versorgungsleitungen zur Straße.

1) Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 24.

2) A.A. Stürner, Gestaltungsformen, S. 88.

3) Problematik, AöR 84/280.

4) Derselbe Vorwurf trifft auch § 23 Abs. 1 BWStrG und § 28 Abs. 1
Nr. 2 SHStrWG, die die Nutzung öffentlicher Straßen zu Versor-
gungszwecken schlechthin dem bürgerlichen Recht zuweisen, ferner
§ 20 Abs. 1 HessStrG, § 23 Abs. 1 NdsStrG, § 23 Abs. 1 NRWStrG,
§ 45 Abs. 1 RPLStrG und § 22 SaarldStrG, die dem Art. 22 Abs. 2
StrWG entsprechen. Lediglich in den Stadtstaaten ist die Be-
nutzung der Straßen zu Versorgungszwecken dem öffentlichen Recht
unterstellt, was im HambWG, das den Begriff des öffentlichen
Eigentums eingeführt hat, nicht verwundert. Das streng dualis-
tisch aufgebaute Sondernutzungssystem des BerlStrG sieht auch
für Versorgungsleitungen die öffentlichrechtliche und bürgerlich-
rechtliche Erlaubnis vor. Die BremerStrO enthält keine Sonder-
vorschrift; es gilt daher der Grundsatz des § 2 Abs. 1 Bremer-
StrO, der das Erfordernis der öffentlichrechtlichen Erlaubnis
für Sondernutzungen verankert. Näher hierzu Nedden, Kreuzungs-
recht, S. 115 - 116.

5) Stern aaO.

1.) Die Erweiterung der Zweckbestimmung öffentlicher Straßen.

Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage haben wie alle anderen öffentlichen Straßen dem allgemeinen Verkehr zu dienen. Darin erschöpft sich jedoch ihre Zweckbestimmung nicht. Diese ist gegenüber den anderen Straßen erweitert durch die Erschließungsfunktion¹⁾. Die Erschließungsfunktion umfaßt die Aufgabe, die Verbindung zwischen den baulichen Anwesen und der Umwelt zu vermitteln²⁾, wobei hier zunächst an den Zugang und die Zufahrt zu den Anliegergrundstücken zu denken ist³⁾. Die Erschließungsfunktion der Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage erstreckt sich aber auch darauf, dem Anlieger den Anschluß an Versorgungsleitungen zu vermitteln, nämlich an das Elektrizitäts-, Wasser- und Gasnetz und an die Abwasserbeseitigungsanlagen.

Die neuere Rechtsprechung anerkennt diese erweiterte Zweckbestimmung öffentlicher Straßen. So führt z.B. der BGH in seiner Entscheidung vom 25. 6. 1962⁴⁾ aus:

"Öffentliche Straßen dienen herkömmlich und üblich auch der Aufnahme der verschiedensten, im Allgemeininteresse notwendigen Leitungen. Insbesondere für die Kanalisation, für die Telegraphen- und Fernsprechklinien, aber auch für eine Reihe von Versorgungsleitungen (Wasser, Gas, Elektrizität) kann das unter den gegebenen Verhältnissen bei einer den allgemeinen Bedürfnissen entsprechenden vernünftigen Planung nicht anders sein und gehört mit zur Zweckbestimmung der öffentlichen Straße....."

Es ergibt sich aus dieser Entscheidung, daß Versorgungs-

-
- 1) Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 17, Bochalli, Handbuch, S. 600, v. Dassel, Das Wegegelande und sein Recht, FiZschr 76/1, 26 und 32, Weber, Aussprache zu Bericht und Mitbericht, VVDStL 21/266, Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 32 und Lühke, Gemeingebrauch und Sondernutzung nach Hamburgischem Wegerecht, S. 155.
 - 2) Sieder-Zeitler aaO, besonders auch Art. 46 RdNr. 19. Sie geht über den bloßen "Anbauzweck" (de Woldige-Cremer S. 31) hinaus.
 - 3) Siehe hierzu im einzelnen die Ausführungen im vierten Kapitel des zweiten Hauptteiles.
 - 4) DOV 1962/905, 906.

tungen - nur diese interessieren in diesem Zusammenhang¹⁾ - als typische Bestandteile einer modernen Straße angesehen werden, weiterhin, daß sich der Zweck der öffentlichen Straße auch auf die Aufnahme derartiger Leitungen erstreckt, sofern sie nicht Sonderinteressen dienen. Da nach dem Wesen der öffentlichen Straße als öffentliche Sache im Gemeingebrauch für bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnisse insoweit kein Raum ist, als die öffentliche Zweckbestimmung reicht, muß aus dieser Rechtsprechung gefolgert werden, daß an Leitungen auf Straßengrund, die im Allgemeininteresse notwendig sind, nur öffentlichrechtliche Rechtsbeziehungen bestehen können²⁾.

Auf Straßen außerhalb der geschlossenen Ortslage sind diese Grundsätze nicht ohne weiteres anwendbar, da dort häufig die Erschließungsfunktion fehlt oder nur eine stark untergeordnete Bedeutung besitzt. Auch die sonstigen öffentlichen Straßen des Art. 53 StrWG haben in der Regel keine derartige Erschließungsfunktion³⁾.

Die Abgrenzung öffentlichrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Nutzungen zu Versorgungszwecken je nach der Erschließungsfunktion der beanspruchten Straße würde also zu dem unerfreulichen Ergebnis führen, daß auf einer Straße Versorgungsleitungen dem öffentlichen Recht, auf einer anderen Straße jedoch dem bürgerlichen Recht unterworfen wären. Diese Abgrenzung wäre praktisch kaum durchführbar. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht ein anderes Kriterium eine dogmatisch einwandfreie Eingruppierung des

-
- 1) Für die Telegraphen- und Fernsprechlinien gelten die Sonderregelungen des Telegraphenwegegesetzes vom 18. 12. 1899 (RGBl. S. 705), die den Vorschriften des StrWG vorgehen.
 - 2) Ebenso im Ergebnis schon Müller, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung?, DR 1938/289, Scheuner, Der Gemeingebrauch an Straßen, ZAKDR 1937/484, 487 und ders., Neuordnung, RVBl. 1937/729.
 - 3) Werden die Anliegergrundstücke in der Mehrzahl besiedelt, so wandelt sich die Verkehrsbedeutung einer sonstigen öffentlichen Straße, so daß der Wegeherr die Straße aufzustufen hat.

Gebrauches öffentlicher Straßen zu Versorgungszwecken zuläßt. Hier bietet sich eine Lösung durch die extensive Auslegung des Begriffes Verkehr an.

2.) Die Ausweitung des Begriffes Verkehr.

a) Verkehr als Straßenverkehr.

Wie wir oben¹⁾ festgestellt haben, verstehen Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung heute allgemein unter Verkehr die Verwirklichung der Absicht der Ortsveränderung. Der von der Rechtsprechung früher entwickelte weitere Verkehrsbegriff ist aufgegeben. Wesentliches Merkmal ist daher heute nur die Absicht der Ortsveränderung. Dabei engt man allgemein den Verkehrsbegriff stillschweigend weiter ein, nämlich auf den Fußgänger- und Fahrzeugverkehr. Dagegen werden ausgeklammert alle Arten des Leitungsverkehrs, bei dem eine Sache nicht durch Fahrzeuge, sondern in Rohrleitungen transportiert wird.

So rechnet Zimniok²⁾ beispielsweise zum Verkehr: das Gehen, Fahren, Viehtreiben, Reiten, auch den ruhenden Verkehr in der Form des Parkens, Abfertigungs, Be- und Entladens von Kraftfahrzeugen und des Anhaltens zum Ein- und Aussteigen.

Sieder-Zeitler³⁾ stellen darüberhinaus ausdrücklich fest, daß nach herrschender Ansicht die Beförderung von Energie oder Sachen in besonderen Leitungen, die auf dem Straßengrund verlegt sind, keinen Verkehr im Sinne des Art. 14 StrWG darstelle, da hierzu "die Straße nicht als Vermittler des Verkehrs, sondern nur als Baugrund" benutzt werde.

Eine solche Beschränkung des Begriffes Verkehr erfordern die Gesetze (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 StrWG, § 7 Abs. 1 Satz 1 und 3 FStrG) m.E. nicht zwingend. Gegenüber dem früheren

1) S. 73 f.

2) Art. 14 Anm. 5 c), ebenso Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 13, Kodal, Straßenrecht, S. 253, Bochalli, Fortbildung, DVBl. 1956/181, 182, Huber, Problematik, DOV 1955/129, 139.

3) AaO.

Zustand, wie er noch in den zwanziger Jahren angetroffen werden konnte, hat sich nicht nur die Nutzung der Straßen, sondern auch ihre bauliche Ausgestaltung gewandelt. Auch der "normale" Straßenverkehr ist heute nicht mehr denkbar ohne eine aufwendige Vorbereitung des Straßenuntergrundes für die Bedürfnisse des modernen Massenverkehrs. So ist Huber¹⁾ zuzustimmen, wenn er feststellt, ein den technischen Anforderungen des Kraftverkehrs vollkommen genügender Wegekörper sei, genau gesehen, keine "Straße" mehr, er sei eine "Fahrbahn", die in ihrer technischen Perfektion eher einem modernen Schienenweg als den alten Handels- und Heerstraßen vergleichbar sei. Zieht man gar das komplizierte, "bis ins Extrem regulierte und kontrollierte System von Verkehrskanälen und Verkehrsschleusen"²⁾ in einer Großstadt in die Betrachtung ein, so zwingt sich immer mehr die Vorstellung auf, daß auch hier der Straßengrund als Baufläche beansprucht wird. Das von Sieder-Zeitler vorgebrachte Kriterium ist daher für die Eingrenzung des Begriffes Verkehr im Sinne der Straßengesetze ungeeignet. Jede Art von Verkehr, sei es Leitungsverkehr, sei es Straßenverkehr, setzt heute voraus, daß der Verkehrsuntergrund vorher sorgfältig hergerichtet wurde. In jedem Falle dient der Straßenuntergrund als Verkehrsvermittler.

b) Verkehr als Leitungsverkehr.

Erkennt man als das entscheidende Merkmal des Begriffes Verkehr die Absicht der Ortsveränderung an, so kann unter den so verstandenen Verkehrsbegriff - abgesehen vom reinen Personen- und Fahrzeugverkehr - auch der Transport flüssiger oder gasförmiger Stoffe oder das Weiterleiten elektrischer Energie in Rohrleitungen subsumiert werden³⁾; denn auch insoweit wird die Absicht der Ortsveränderung verwirklicht. Die

1) Problematik, DOV 1955/129, 132.

2) Huber aaO S. 134.

3) Ebenso Luthke, Gemeindegebrauch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, S. 154. Schon Müller, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung?, DR 1938/289, 290, hatte diese Beförderungsformen zum Verkehr gerechnet.

Beschränkung des Begriffes Verkehr auf den Personen- und Fahrzeugverkehr erscheint willkürlich. Sie ist erklärlich aus der historischen Entwicklung, die den "leitungsgebundenen Güterverkehr"¹⁾ erst in jüngerer Zeit kennt. Es ist mit Köttgen²⁾ zu sagen, daß die öffentliche Sache heute auch dieser den Ursprüngen des Wegerechts noch unbekannten Verkehrsart zu dienen hat.

Ist aber der Leitungsverkehr ebenfalls Verkehr im Sinne des gegenwärtigen Wegerechts, so untersteht das Recht der Versorgungsleitungen den allgemeinen Grundsätzen über die Benutzung öffentlicher Straßen zu Verkehrszwecken. Eine Sonderregelung, die auf den kaum faßbaren Begriff der kurzdauernden Beeinträchtigung des Gemeingebrauches abstellt, erübrigt sich damit. Freilich müßte de lege ferenda wegen der Investitionsintensität der Nutzung abweichend von Art. 18 Abs. 2 Satz 1 StrWG ein Dauerrecht vorgesehen werden. Vorzug dieser Abweichung wäre aber, daß die öffentlichrechtlichen von den bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen unter Wahrung der dogmatischen Struktur des Rechtsinstituts öffentliche Straße abgegrenzt werden könnten.

3.) Die Straßennutzung zu Versorgungszwecken unter Berücksichtigung der Funktionsbezogenheit der Versorgungsleitungen.

Dieser Lösung haften jedoch die Nachteile an, die im allgemeinen Teil der Arbeit für die Abgrenzung öffentlichrechtlicher von bürgerlichrechtlichen Sondernutzungen de lege lata aufgezeigt wurden. Unterstellt man dagegen mit der im vierten Kapitel des ersten Hauptteiles dargestellten These entsprechend dem öffentlichrechtlichen Status einer Straße all die Tätigkeiten, Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen dem öffentlichen Recht, die eine besondere Beziehung zur Funktion einer Straße besitzen, die also auf beliebigen anderen Grundstücken nicht anzutreffen sind, so ist festzustellen, daß

1) Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 32.

2) AaO.

auch ein Großteil des in einer Straße untergebrachten Leitungssystems eine unabdingbare Funktionsbezogenheit zur Straße aufweist. Gewisse Leitungen müssen sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen im Verlauf der Straßentrasse verlegt werden¹⁾.

a) Die Notwendigkeit der Verlegung von Versorgungsleitungen in den Straßengrund aus tatsächlichen Gründen.

Um sie technisch überprüfen zu können, müssen Versorgungsleitungen jederzeit frei zugänglich sein. Liegen die Leitungen auf Privatgrundstücken, so ist ihre freie Zugänglichkeit nicht gewährleistet. Außerdem zwingt der natürliche Abnutzungsprozeß dazu, die Röhren im Erdboden oder die Drähte in der Luft in gewissen Abständen auszubessern oder auszuwechseln. Die unter der Erdoberfläche liegenden Leitungen müssen dann ausgegraben werden. Daher können solche Leitungen nicht auf Privatgrundstücken, die innerhalb der geschlossenen Ortslage in der Regel bebaut oder zumindest bebaubar sind, liegen. Andernfalls müßte im Falle einer Reparatur der Leitungen das möglicherweise errichtete Gebäude ganz oder teilweise abgetragen werden. Dementsprechend sind alle Grundstücke, die von Versorgungsleitungen durchzogen sind, mit einem Bauverbot belastet. Ein Bauverbot würde aber bei Privatgrundstücken zumindest innerhalb der geschlossenen Ortslage Enteignungscharakter haben. Deswegen benutzen die Versorgungsleitungen die Straßenfläche. Dort sind Aufgrabungen und andere Reparaturmaßnahmen verhältnismäßig leicht durchzuführen.²⁾

-
- 1) Ebenso Mehlem, Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und kreisangehörigen Gemeinden, DVBl. 1958/157.
2) Daß in Ausnahmefällen bei Vorliegen besonderer Umstände eine Leitung über Grundstücke in privater Hand verlegt werden muß, ändert daran nichts. Diese Fälle können wegen ihres Ausnahmecharakters unberücksichtigt bleiben.

b) Die Notwendigkeit der Verlegung von Versorgungsleitungen in den Straßengrund aus rechtlichen Gründen.

aa) Vermeidung einer Vielzahl von Gestattungsverträgen.

Bei der Verlegung von Leitungen über Privatgrundstücke hinweg ist das Versorgungsunternehmen gezwungen, mit jedem einzelnen Grundstückseigentümer einen individuellen Nutzungsvertrag abzuschließen. Bei einem umfangreichen Leitungssystem würde dies bedeuten, Hunderte oder gar Tausende voneinander mehr oder weniger abweichender Regelungen zu treffen. Hierfür wäre ein außerordentlich großer technischer und personeller Apparat nötig. Oftmals müßte sich das Versorgungsunternehmen mit unsachlichen Beschwerden der in der Regel juristisch nicht ausgebildeten Vertragspartner auseinandersetzen. Diese Schwierigkeiten zwingen das Versorgungsunternehmen, mit dem Wegeeigentümer, in der Regel die Gemeinde, zu kontrahieren, um alle Leitungen eines Versorgungsgebietes einer einheitlichen Regelung zu unterwerfen.

bb) Versorgungsleitungen "für" die Straße als deren Zubehör.

Die Versorgungsleitungen dienen nicht nur der Versorgung der Anliegergrundstücke, sondern auch der Straße selbst. Vom Elektrizitätsnetz oder vom Gasnetz wird die Straßenbeleuchtung gespeist, die Wasserleitung dient dem Anschluß der an der Straße stehenden Löschwasserhydranten und das Kanalnetz muß auch das von der Straße ablaufende Regenwasser aufnehmen. Diese Doppelfunktion bestimmter Leitungen erfordert deren Verlegung längs der Straße. Die Leitungen werden Bestandteile der Straße; ohne sie ist eine den modernen Erfordernissen entsprechende Verkehrsfläche nicht denkbar.

c) Folgerungen.

Nach alledem sind heute Versorgungsleitungen innerhalb der geschlossenen Ortslage als zu einer Straße gehörig anzusehen¹⁾. Die Verhältnisse auf einer öffentlichen Straße sind für die Verlegung von Versorgungsleitungen ungleich günstiger als auf Privatgrundstücken. Deswegen und weil sie dem Leitungsverkehr dienen, haben Versorgungsleitungen eine enge Funktionsbezogenheit zur Straße; sie verlaufen dort, weil dort eine öffentliche Verkehrsfläche vorhanden ist. Wegen dieser Funktionsbezogenheit sind die Rechtsverhältnisse der Versorgungsleitungen an öffentlichen Straßen nach den im vierten Kapitel des ersten Hauptteiles dargestellten Grundsätzen öffentlichrechtlicher Natur. Die Benützung einer Straße zu Versorgungszwecken kann hiernach nur durch eine öffentlichrechtliche Erlaubnis oder, sofern das Gesetz nicht entgegensteht, durch öffentlichrechtliche Vereinbarung gestattet werden.

Aus dieser Darstellung folgt auch, daß nicht alle Versorgungsleitungen die Bezogenheit zu einer öffentlichen Straße haben. Hauptversorgungsstränge vom Energieerzeuger zu Pump-, Verteilerstationen oder Umspannwerken, die nicht unmittelbar der Versorgung der Endabnehmer dienen und daher auch nicht zum Verbrauch angezapft werden, müssen wegen ihrer Größe oftmals quer durch ein Gemeinwesen geführt werden. Sie können nicht den Windungen der Straßen folgen. Da sie weder der Versorgung der Straße noch der Anliegergrundstücke dienen, sondern nur die Energie zu den Verteilern transportieren sollen, besteht zwischen ihnen und der Straße kein funktioneller Zusammenhang; die Bezogenheit zur Straße fehlt²⁾. Die Beanspruchung von

-
- 1) Daß zwischen der Funktion des öffentlichen Weges und Zwecken der öffentlichen Versorgung ein spezieller Zusammenhang besteht, hat auch der Gesetzgeber bei der Regelung in § 8 Abs. 10 FStrG und Art. 22 Abs. 2 StrWG nicht verkannt; vgl. Kötting, Daseinsvorsorge, S. 29.
 - 2) Solche "Zubringerleitungen" sind rechtlich von echten Versorgungsleitungen für die Straße und Anliegergrundstücke einfach zu trennen: ihre Führung ist geradlinig; sie haben einen größeren Durchmesser und enden dort, wo ein Verteiler die Energie in mehrere kleinere Leitungen schickt. Praktische Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Leitungsabschnitte durften daher nicht auftrauchen.

Straßenraum für solche Leitungen kann daher durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung geregelt werden, sofern sie nicht negativ funktionsbezogen sind.

A b s c h n i t t B :

D a s B e n u t z u n g s e n t g e l t .

Obwohl der Transport von Energiestoffen in Leitungen nicht unter den Gemeingebrauch fällt, weil das Gesetz diesen auf den S t r a ß e nverkehr beschränkt, liegt er doch als eine Erscheinungsform des Verkehrs innerhalb der Zweckbestimmung einer modernen Straße. Deswegen stellt er rechtsgemäß eine Nutzung öffentlichrechtlicher Art dar¹⁾. Daraus folgt, daß auch das Entgelt für die Benutzung der Straße zu Versorgungszwecken öffentlichrechtlicher Natur ist.

I. Die derzeitige Rechtslage.

Art. 18 Abs. 2 Sätze 3 und 4 StrWG befassen sich allgemein mit der Zulässigkeit und Höhe von Entgelten für die Einräumung von Sondernutzungen. Über das Entgelt für die Benützung öffentlicher Straßen zu Versorgungszwecken enthält die KAE^{2) 3)} Sondervorschriften. Diese gehen, obwohl die KAE preisrechtlichen Inhalt hat⁴⁾, als bundesrechtliche Spezialregelung den Vorschriften des StrWG vor.

- 1) Weil der Energietransport eine besondere Bezogenheit zu den Funktionen einer Straße hat, ist er nach unserer These ebenfalls eine öffentlichrechtliche Nutzung.
- 2) Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4. 3. 1941 (Reichsanzeiger 1941 Nr. 57 und Nr. 120) - abgekürzt KAE - in der Fassung des Gesetzes vom 24. 12. 1956 (BGBl. I S. 1076). Der BGH (Urteile vom 22. 10. 1954 (BGHZ 15/113 = NJW 1955/104) und vom 4. 4. 1966 (DOV 1966/501)) und das BVerwG (Urteil vom 12. 10. 1965 (DOV 1966/499)) haben die KAE für rechtswirksam erklärt. Das gilt auch für die Bestimmungen der KAE, deren Fortgeltung wegen angeblicher Verstöße gegen das Grundgesetz angezweifelt worden war. Die Darstellung dieser Rechtsfragen würde hier zu weit führen. Hierzu sei daher auf die Ausführungen bei Eiser-Riederer-Sieder, Energiewirtschaftsrecht, Abschnitt III F (S. 236 bis 237) hingewiesen.

1.) Die Regelung der KAE.

Die KAE ermächtigt Gemeinden mit über 3.000 Einwohnern¹⁾, von den Energieversorgungsunternehmen für die Überlassung der Wegebenutzung und die Garantie des Rechts zur ausschließlichen Belieferung des Versorgungsgebietes mit Energie ein Entgelt in bestimmter Höhe zu verlangen. Dieses Benutzungsentgelt ist als bürgerlichrechtliche²⁾ Konzessionsabgabe ausgestaltet, deren Höhe im Einzelfall durch Privatrechtsvereinbarung zwischen dem Wegeeigentümer und dem Versorgungsunternehmen innerhalb des durch die KAE gesteckten Rahmens ausgehandelt wird. Das StrWG paßt sich dieser Rechtslage an, indem es gemäß Art. 22 Abs. 2 die Benutzung der Straßen durch Versorgungsunternehmen weitgehend bürgerlichrechtlich regelt.

2.) Kritik dieser Regelung.

Die privatrechtliche Regelung von Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen zu Versorgungszwecken widerspricht den soeben dargestellten dogmatischen Grundsätzen über die Wegebenutzung durch Versorgungsunternehmen. Darüberhinaus ist sie aus weiteren Gründen bedenklich. Köttgen³⁾ weist

3) Hierzu ausführlich Böttcher, Rechtsprobleme, S. 139 ff.

4) Eiser-Riederer-Sieder aaO S. 237 a.

1) Gemeinden unter 3.000 Einwohnern dürfen nach der Entscheidung des BGH vom 4. 4. 1966, DÖV 1966/501, ebenfalls Konzessionsabgaben erheben, wenn sie sie vor dem 1. 4. 1941 erhoben hatten und die Verträge mit den Versorgungsunternehmen noch nicht abgelaufen sind.

2) So BGH, Urteil vom 22. 10. 1954 aaO. Dies ist nicht unstrittig; vgl. Marschall § 8 Anm. 11 (S. 339), doch nach den Regelungen des StrWG, des FStrG und anderer Landesgesetze wohl richtig, weil diese Bestimmungen davon ausgehen, daß bei Benutzung der Straße durch Versorgungsleitungen der Gemeingebrauch in der Regel nicht beeinträchtigt werde.

3) Daseinsvorsorge, S. 24.

darauf hin, daß die Wegeherren für leitungsbedürftige Versorgungseinrichtungen ein Monopol aufgrund Wegerechts haben. Er führt weiter aus¹⁾, daß die kommunale Praxis - auf der Kommunalebene haben diese Fragen die größte praktische Bedeutung - das Wegerecht nicht nur als eine Last, sondern zugleich als ein Machtpotential betrachte, dem sie ihren beherrschenden Einfluß auf alle Wirtschaftszweige verdanke, die auf die Inanspruchnahme des Wegenetzes nun einmal angewiesen seien²⁾. Aus dieser Machtstellung folgt, daß die Gemeinde als Wegeherr im Vergleich zu ihrem Vertragspartner Energieversorgungsunternehmen die weitaus stärkere Position einnimmt³⁾. Sie kann dem Partner, der auf die Benutzung der Wegeflächen angewiesen ist, die Bedingungen diktieren, zu welchen sie die Wegebenutzung gestatten will⁴⁾.

Um das Übergewicht des Wegeeigentümers gegenüber den Versorgungsunternehmen zu dämpfen, hat die KAE, besonders in § 2, Höchstsätze für die Bemessung der Konzessionsabgabe festgelegt. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, daß der Abnahmepreis für Energie zu hoch wird. Die Versorgungsunternehmen setzen die Konzessionsabgabe als Kostenfaktor in ihre Rentabilitätskalkulation ein und erhöhen den Abgabepreis für ihr Produkt entsprechend. Daraus ergibt sich, daß die Kosten für die Benutzung der Straßenflächen im Ergebnis der Energieverbraucher trägt. Je höher das Benutzungsentgelt ist, das der

1) AaO S. 25.

2) Ebenso Müller, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungsleitungen einer Änderung?, DR 1938/289.

3) Ebenso Mehlem, Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und kreisangehörigen Gemeinden, DVBl. 1958/157 und Salzwedel, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 443 - 444. Außer Betracht bleiben können als Ausnahmen von der Regel die Gemeinden, die wegen ihrer geringen Einwohnerdichte als Versorgungsgebiet für die Leitungsversorger nicht attraktiv sind.

4) Vgl. die interessante historische Darstellung bei Eiser-Riederer-Sieder aaO Vorbemerkung 3 vor Kapitel III F (III S. 235).

Wegeeeigentümer verlangt, desto teurer wird der bezogene Strom, das Gas oder das Wasser. Da die Leitungsversorger ihrerseits ein Monopol für die Lieferung von Energie im Versorgungsgebiet haben und die Bürger heute mehr denn je von diesen Versorgungsleistungen abhängig sind, besteht für die Verbraucher nicht wie sonst in der freien Wirtschaft die Möglichkeit, ihre Bedürfnisse dort zu befriedigen, wo dies am billigsten möglich ist¹⁾. Ein Druck auf die Energiepreise kann von Seiten der Verbraucher nicht ausgeübt werden, so daß schon aus diesem Grund eine staatliche Überwachung erforderlich ist.

Weiterhin ist folgendes zu berücksichtigen: Neue Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage werden im wesentlichen auf Kosten der Anlieger hergestellt. Gemäß § 134 BBauG haben die Eigentümer der Anliegergrundstücke für die Erstellung der Erschließungsanlagen Erschließungsbeiträge zu entrichten. Erschließungsanlagen sind nach der Aufzählung des § 127 Abs. 2 BBauG die öffentlichen zum Anbau bestimmten oder zur Erschließung eines Baugebietes notwendigen Straßen, Wege und Plätze sowie Parkflächen und Grünanlagen nach Maßgabe des § 127 Abs. 2 Nr. 3. Zum Erschließungsaufwand gehören nach § 128 Abs. 1 BBauG neben den Kosten der erstmaligen Herstellung dieser Erschließungsanlagen auch die Kosten für den Erwerb und die Freilegung der hierfür notwendigen Flächen. Das bedeutet, daß der Anlieger den für eine Straße beanspruchten Teil seines Grundstückes an die Gemeinde zum Verkehrswert zu verkaufen hat. Der Kaufpreis wird als Teil der Erschließungskosten wieder anteilig auf ihn umgelegt, so daß die benötigten Flächen im wirtschaftlichen Ergebnis zu 90 % unentgeltlich zur Verfügung gestellt

1) Gewisse Grenzen bestehen allerdings für Gemeinden in der Überlegung, es den Versorgungsunternehmen nicht unmöglich zu machen, Energie zu wirtschaftlich vertretbaren Preisen zu liefern. Dies deshalb, weil für die Großabnehmer von Energie, die Industriebetriebe, durch niedrige Energiepreise ein Anreiz gegeben werden soll, in der Gemeinde zu verbleiben und nicht in billigere Versorgungsgebiete abzuwandern, bzw. für auswärtige Betriebe, ihre Produktionsstätten in die Gemeinde hineinzuverlegen.

werden müssen¹⁾. Lediglich 10 % des beitragsfähigen Erschließungsaufwandes werden von der Gemeinde gemäß § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG selbst getragen²⁾.

Die Verpflichtung des Anliegers, nahezu alle Kosten der Straßenherstellung zu tragen, rechtfertigt sich dadurch, daß zu seinem Nutzen die Straße vor sein Grundstück geführt wird. Die Straße dient nicht dem Nutzen der Gemeinde, sondern des Anliegers. Sie stellt nicht nur die verkehrsmäßige Verbindung zur Umwelt her, sie dient auch der Aufnahme der für das Anliegergrundstück erforderlichen Versorgungsleitungen und der Abwasserbeseitigungsanlagen. Im Hinblick auf diese Vorteile hat der Anlieger die aus seinem Grundstück beanspruchte Straßenfläche abgetreten.

So bleibt festzuhalten, daß der Anlieger zur Herstellung der Straße einen erheblichen wirtschaftlichen Beitrag leistet. Wenn Fischer³⁾ behauptet, die durch die Erschließung eintretende Wertsteigerung des Grundstückes stelle eine Gegenleistung der Gemeinde für die Hingabe der Abtretungsfläche dar, so wird übersehen, daß die Wertsteigerung eine Folge des größtenteils vom Anlieger getragenen und in das Grundstück investierten Erschließungsaufwandes ist.

Ferner ist zu bedenken, daß die Konzessionsabgabe kein Entgelt für einen durch die Versorgungsleitungen entstehenden zusätzlichen Verwaltungsaufwand darstellt. Alle durch die Versorgungs-

1) In der Praxis sehen die Gemeindegesetzungen zur Vereinfachung dieses Vorganges, der die Erschließung erschwert und verzögert, vor, daß der Anlieger die Straßenfläche unentgeltlich abtritt. Er erhält dafür den Verkehrswert der abgetretenen Fläche als Vorausleistung auf seinen Erschließungsbeitrag (§ 133 Abs. 3 BBauG) angerechnet. Dadurch erübrigt sich auch die vorübergehende Inanspruchnahme gemeindlicher Mittel.

2) Bei der derzeitigen Finanzlage der Gemeinden kommt es sehr selten vor, daß sie einen höheren Prozentsatz des Erschließungsaufwandes übernehmen.

3) Rückgabe von Erschließungsflächen, BayVB1. 1963/370, 374.

leitungen bedingten Mehrkosten der Herstellung und Unterhaltung von Straßen werden den Versorgungsunternehmen in den Benutzungsverträgen gesondert in Rechnung gestellt.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte, die bisher in der wissenschaftlichen Diskussion - soweit ersichtlich - noch keine Beachtung gefunden haben¹⁾, erscheint es - abgesehen von den oben erhobenen rechtsdogmatischen Bedenken - fraglich, ob Konzessionsabgaben zugunsten des Wegeeigentümers durch Privatrechtsvereinbarung festgesetzt werden dürfen. Es besteht die Gefahr, daß der Wegeeigentümer durch überhöhte Konzessionsabgaben sein mit erheblichen Zuschüssen der Anlieger geschaffenes Wegeeigentum fiskalisch ausnutzt. Die KAE läßt trotz ihrer preisrechtlichen Vorbehalte der privatrechtlichen Dispositionsbefugnis m.E. zu weitgehend Raum.

II. Die Zuordnung des Benutzungsentgeltes zum öffentlichen Recht.

Erkennt man die öffentlichrechtliche Natur des Entgeltes für die Benutzung der Straßen zu Versorgungszwecken an, so stehen einer Limitierung der Höhe der Konzessionsabgaben die Grundsätze des Abgabenrechts zur Verfügung. Die Höhe öffentlichrechtlicher Gebühren, Beiträge und sonstiger Abgaben richtet sich nach dem Kostendeckungs- bzw. Äquivalenzprinzip^{2) 3)}. Das Kostendeckungsprinzip besagt, daß die Summe der Gebühren oder Beiträge für die Inanspruchnahme einer öffentlichrechtlichen Leistung im Höchstfalle so

1) Lediglich im Urteil des VG Hannover vom 5. 5. 1969 (BB 1969/1242) klingt an, daß bei der Bemessung von Sondernutzungsgebühren zu berücksichtigen sei, daß in Gestalt der Erschließungsbeitragspflicht eine Leistung der Anlieger bestehe.

2) Vgl. hierzu eingehend Stein, Die Bewertung des "Vorteils" bei Beiträgen und Gebühren im Gemeindeabgabenrecht, DOV 1960/288 ff.

3) Zu beachten ist hierbei, daß die Konzessionsabgabe wegen ihrer variierenden, vom Gewinn des Versorgungsunternehmens abhängenden Höhe nicht in das Schema öffentlichrechtlicher Abgaben paßt.

bemessen sein dürfe, daß durch sie der Gesamtaufwand für die gewährten oder angebotenen Leistungen gedeckt wird¹⁾. Dagegen kann das Entgelt nach dem Äquivalenzprinzip höher sein; hier richtet sich seine Höhe nach dem Wert, den die Leistung für die Beteiligten unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse hat, daneben auch nach dem Verwaltungsaufwand²⁾. Beide Prinzipien stellen anerkanntermaßen zulässige Maßstäbe für die Berechnung der Höhe von Gebühren und Beiträge dar³⁾.

Die Frage, welches Bemessungsprinzip im Einzelfall gilt, beantwortet sich nach dem Sinn der Abgabenreglung. Aus dem Äquivalenzprinzip läßt sich jedoch der das ganze Abgabenrecht beherrschende Grundsatz ableiten, daß öffentliche Abgaben umso weniger hoch sein dürfen, je mehr die Leistung des Hoheitsträgers für die Bürger notwendig ist. Der Umstand, daß der Bürger in einem Falle auf eine Leistung zwingend angewiesen ist, im anderen Fall die Leistung nur in Anspruch nimmt, um damit eigene wirtschaftliche Interessen zu fördern, einem gesteigerten Lebensbedürfnis oder gar einem Streben nach Luxus zu genügen, kann nicht ohne Bedeutung auf die Höhe einer Gebühr sein. Gebühren für Leistungen, auf die der Bürger angewiesen ist, z.B. die Ausstellung von Personenstandsurkunden, deren Besitz gesetzlich

1) BVerwG, Urteil vom 24. 3. 1961 (BVerwGE 12/162, 165) und VGH, Urteil vom 7. 11. 1961 (VerwRspr. 14 Nr. 184). Trotz dieses klaren Grundsatzes ergeben sich viele Zweifel aus der Frage, was unter den Begriff Aufwand fällt. Gehört dazu die Verzinsung des Eigenkapitals bei einem wirtschaftlichen Unternehmen, die Bildung von Rücklagen für Erneuerungen oder Erweiterungen? Die Erörterung dieser Fragen würde hier zu weit führen, doch ist m.E. die Verzinsung des Eigenkapitals und die Bildung von Rücklagen für Reparaturen zu berücksichtigen, wie dies auch in der Privatwirtschaft geschieht und wie dies Nr. 43 Abs. 1 in Verbindung mit Nr. 44 der Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. 11. 1953, Bundesanzeiger Nr. 244 vom 18. 12. 1953) für die Eigenkapitalzinsen und Nr. 26 der Leitsätze für Rücklagen für Reparaturen vorsehen. Nicht dagegen sind Rücklagen für geplante Erweiterungen als Kosten anzusetzen; vgl. hierzu Nr. 27 und Nr. 28 der Leitsätze. Bejahend für den Kapitalzins auch die IME vom 10. 4. 1957 Nr. I B 4 - 3025 - 1/1 (BayBSVI III S. 310) über die Bemessung von Benutzungsgebühren und Beiträgen.

vorgeschrieben oder die Voraussetzung für die Vornahme von Rechtsgeschäften ist, dürfen nicht so hoch sein, daß sie in keinem Verhältnis zum Verwaltungsaufwand stehen¹⁾.

Dieser Gesichtspunkt tritt in den Hintergrund, je mehr die beanspruchten Leistungen nur eigennützigen Interessen dienen oder einem Bedürfnis nach Luxus entgegenkommen, z.B. bei einem geheizten Schwimmbad. Dort ist die Bemessung der Gebühren über die Deckung der Aufwendungen hinaus zugunsten des Gemeindehaushaltes zulässig²⁾.

Für Versorgungsleitungen folgt hieraus: Die Energieversorgungsunternehmen sind auf die Benutzung der öffentlichen Wegeflächen zwingend angewiesen, um die Versorgungsleistungen erbringen zu können, ohne die heute ein geordnetes menschliches Leben nicht mehr vorstellbar ist. Die Versorgungsleistungen für den privaten Gebrauch dienen nicht der Befriedigung eines Bedürfnisses nach Luxus. Meist ist der Bürger wegen des Gebietsmonopols eines Versorgungsunternehmens oder aufgrund eines Anschluß- und Benutzungszwanges genötigt, die angebotenen Versorgungsleistungen anzunehmen. Insoweit sollte ein öffentlichrechtliches Benutzungsentgelt dem Kostendeckungsprinzip entsprechen, denn es erscheint zumindest bedenklich, den Bürger zu zwingen, Gewinne des Hoheitsträgers zu finanzieren. Eine andere Betrachtung ist angebracht, soweit Versorgungsleistungen zu gewerblichen Zwecken benutzt

2) BVerwG Urteil vom 14. 4. 1967, DVBl. 1967/577, 578 mit weiteren Nachweisen, BayVerfGH, Entscheidung vom 5. 4. 1963 (BayVB1. 1963/183, VGH, Urteil vom 22. 10. 1962 (BayVB1. 1963/119) mit weiteren Nachweisen, Jellinek, Lehrbuch, S. 389. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 des Bayerischen Kostengesetzes vom 17. 12. 1956 (BayBS III S.442) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. 6. 1969 (GVBl. S. 165).

3) Z.B. BVerwG aaO.

1) BVerwG aaO, VGH, Urteil vom 26. 7. 1934 (VGHE 55/154, 157).

2) Freilich werden innerbetriebliche kalkulatorische Gesichtspunkte die Gebührenhöhe in der Regel so stark drücken, daß die Einnahmen nicht einmal die Kosten decken; Schwimmbäder und ähnliche Einrichtungen sind meist Zuschußbetriebe.

werden. Hier können höhere Tarife gerechtfertigt sein^{1) 2)}.

-
- 1) Auch das derzeitige Energierecht sieht der Höhe nach unterschiedliche Gewerbe- und Haushaltstarife vor.
 - 2) Hardinghaus, Sachherrschaft, S. 130, vertritt die Auffassung, Gebühren für die Benützung einer öffentlichen Sache müßten stets dem Kostendeckungsprinzip entsprechen. Das Äquivalenzprinzip habe nur dann Gültigkeit, wenn der öffentliche Sachherr zu dessen Anwendung "ausnahmsweise, ausdrücklich und gegen die Prinzipien des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen vom Gesetzgeber ermächtigt wird" (S. 132), wie dies in § 8 Abs. 3 Satz 2 FStrG, Art. 18 Abs. 2 StrWG geschehen sei (aaO Fußnote 65). Der öffentliche Sachherr dürfe bei der Vergabe von Nutzungen keine über die Kostendeckung hinausgehenden fiskalischen Ziele verfolgen; denn diese lägen außerhalb des Sachzweckes (S. 132); es sei ihm verwehrt, die Gebühren zur Aufbringung allgemeiner Haushaltsmittel, und seien diese auch noch so dringend benötigt, zu verwenden (S. 133).

Z w e i t e s K a p i t e l

DIE DAUERNUTZUNG.

I. Das Problem.

Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des StrWG konnte dem Nutzungsbewerber unter gewissen Voraussetzungen auch ein zeitliche unbegrenztes Recht auf Gebrauch der öffentlichen Straße eingeräumt werden¹⁾. Das StrWG schließt die Gestattung solcher Nutzungsrechte auf Dauer aus. Öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnisse dürfen nach Art. 18 Abs. 2 Satz 1 StrWG²⁾ nurmehr auf Zeit oder Widerruf erteilt werden.

Es gibt nun aber Formen der Straßenbenutzung, die den Gemeingebrauch anderer völlig und für die Dauer ausschließen und bei denen nicht abzusehen ist, wann die beanspruchte Straßenfläche wieder jedermann zum Gebrauche zur Verfügung stehen wird. Diese Fälle werden von Art. 18 StrWG nicht erfaßt. Das BVerwG³⁾ steht auf dem Standpunkt, die Einräumung derartiger Sondernutzungen sei unzulässig; Sondernutzungen dürften weder nach Inhalt noch nach Umfang so weit gehen, daß der Gemeingebrauch aufgehoben oder ernstlich beeinträchtigt werde; denn die Begründung von Sondernutzungen dürfe nicht zur Umgehung der Entwidmung führen. Dem ist zuzustimmen. In der Praxis besteht aber oft ein Bedürfnis nach einem Dauernutzungsrecht. Hierzu ein Beispiel:

-
- 1) Das geschah in Form der sog. Nutzungsverleihung; vgl. für viele Forsthoff Lehrbuch I S. 366.
 - 2) Gleichlautend: § 8 Abs. 2 Satz 1 FStrG, § 18 Abs. 3 Satz 1 BWStrG, § 16 Abs. 2 Satz 1 HessStrG, § 18 Abs. 1 Satz 2 NdsStrG, § 18 Abs. 2 Satz 1 NRWStrG, § 41 Abs. 2 Satz 1 RPLStrG, § 18 Abs. 2 Satz 1 SaarlStrG und § 21 Abs. 1 Satz 2 SHStrWG. § 19 Abs. 2 Satz 1 HambWG spricht von befristeten oder jederzeit widerruflichen Sondernutzungen; § 10 Abs. 4 Satz 2 BerlStrG kennt nur eine jederzeit widerrufliche Sondernutzung. Die BremerStrO enthält keine entsprechende Vorschrift.
 - 3) Urteil vom 14. 3. 1957 (BVerwGE 4/342, 344 = NJW 1957/962, 963).

An einer Großstadtstraße wird der Bau eines Kaufhauses geplant. Wegen der räumlichen Enge in dieser Straße sieht der Bauplan vor, daß die tragenden Säulen des Betonskelettes auf der öffentlichen Wegefläche errichtet werden sollen. Die Stadtgemeinde erteilt zu dieser gemeinschädlichen Benutzung ihres Straßengrundes die Zustimmung gegen Zahlung eines nicht unerheblichen Nutzungsentgeltes.

Es steht in diesem Falle fest, daß die von den Betonsäulen beanspruchte Wegefläche und der von dem Bauwerk erfaßte Luft-raum über der Straße für den Gemeingebrauch auch in eingeschränktester Form nicht mehr benutzbar sind¹⁾. Die tatsächlichen Verhältnisse lassen einen Verkehr nicht mehr zu, obwohl die beanspruchte Wegefläche den Charakter einer dem Verkehr gewidmeten öffentlichen Sache im Gemeingebrauch nicht verliert. Eine Entwidmung des Straßenstücks könnte nur durch eine Einziehungsverfügung erfolgen²⁾, die nicht als in der Gestattung des Überbaues enthalten angesehen werden kann³⁾. Nach der Art der Nutzung ist auch in absehbarer Zeit mit einer Änderung der durch den Überbau geschaffenen räumlichen Verhältnisse nicht zu rechnen. Das Gebäude ist so massiv errichtet, daß es jahrhundertlang stehen wird,

-
- 1) Etwas anderes gilt für Bauwerke, die sich über oder unter der Erdoberfläche befinden, z.B. Tiefgaragen. Sie schließen den Gemeingebrauch an der Wegefläche selbst nicht absolut und dauernd aus. Sie folgen daher den allgemeinen Regeln, d.h. es ist unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall gegebenen Umstände nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob die Nutzung bei normalem Geschehensablauf unmittelbar oder mittelbar zu einer Beeinträchtigung des Gemeingebrauches führen kann.
 - 2) Vgl. die Entscheidung des BayVGH vom 28. 12. 1921 (Reger-Oeschey 42/389): "Ein öffentlicher Weg behält diese Eigenschaft bei, bis vom Herrn der öffentlichen Sache unzweideutig seine Bewidmung aufgehoben ist" (abgekürzter Leitsatz). In den Gründen führt der VGH (S. 391) aus: "Allein daraus, daß ein Weg, dessen Wegefläche trotz ihrer verwahrlosten Beschaffenheit nicht zu existieren aufgehört hat, dem Zwecke des Gemeingebrauches seit Jahren tatsächlich nicht mehr dient und zu dienen geeignet ist, folgt nicht, daß er des Charakters der Öffentlichkeit verlustig gegangen ist".
 - 3) Siehe hierzu unten S. 116 ff.

sofern es nicht vorzeitig gewaltsam zerstört wird.

In einem solchen Fall genügt dem Bauwerber eine Erlaubnis auf Zeit, auch eine solche auf lange Zeit, nicht. Die Erlaubnis auf Zeit muß in jedem Fall den Zeitraum erkennen lassen, für den sie gelten soll. Es ist daher nicht zulässig, die Erlaubnis auf Zeit mit der Zusage zu verknüpfen, sie nach Ablauf der Befristung zu verlängern und eine nochmalige Verlängerung in Aussicht zu stellen. Ob die Erlaubnis nach ihrem Zeitablauf verlängert wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Bei unveränderten Verhältnissen wird im allgemeinen gegen eine Verlängerung nichts einzuwenden sein. Doch hat der Nutzungsbewerber keinen Rechtsanspruch auf Verlängerung. Sinn und Zweck des Art. 18 StrWG ist es, eine Bindung der Behörde in unbestimmtem Umfange zu verhindern. Zeitlicher und räumlicher Umfang der Sondernutzung sollen für sie im Hinblick auf die Dynamik öffentlicher Verwaltung übersehbar bleiben. Deutlich kommt dieser Gesichtspunkt z.B. in § 8 Abs. 5 WHG¹⁾ zum Ausdruck, nach dem die Frist für eine wasserrechtliche Bewilligung nur in Ausnahmefällen dreißig Jahre überschreiten darf. Wenn die Bewilligung, die einen echten Rechtsanspruch auf Wasserbenutzung vermittelt²⁾, bereits auf höchstens dreißig Jahre limitiert ist, so kann die Sondernutzungserlaubnis, die kein derartiges Recht gewährt, auf keinen Fall über diese Frist hinaus ausgedehnt werden.

Eine Erlaubnis ohne Widerrufsvorbehalt oder zeitliche Begrenzung kann rechtswirksam nicht erteilt werden. Wenn man schon entgegen Marschall³⁾ annimmt, daß die Erlaubnis trotz dieses Fehlers nicht nichtig ist, so muß sie mindestens nach den allgemeinen Regeln über die Rücknahme eines Verwaltungsaktes aufhebbar sein⁴⁾.

1) Die Vorschrift lautet: "Die Bewilligung wird für eine bestimmte angemessene Frist erteilt, die in besonderen Fällen dreißig Jahre überschreiten darf."

2) § 8 Abs. 1 WHG. Daher ist ihre Rücknahme vor Ablauf der Bewilligungszeit gemäß § 12 Abs. 1 WHG nur gegen Entschädigung zulässig. Anders im Wegerecht; vgl. Art. 18 Abs. 6 StrWG, § 18 Abs. 3 Satz 3 BWStrG, § 10 Abs. 4 Satz 2 BerlStrG, § 19 Abs. 5 HambWG, § 16 Abs. 2 Satz 2 HessStrG und § 18 Abs. 2 Satz 3 SaarlStrG.

3) Kommentar zum FStrG, § 8 Anm. 4 a).

4) Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 21, BayVGH, Urteil vom 19. 11. 1963 (BayVBl. 1964/58, 59).

Dem Nutzungsbewerber wäre mit einer solchen Erlaubnis nicht gedient; denn in der Regel ist das Interesse der Allgemeinheit, daß die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht durch den dauernden Bestand baulicher Anlagen beeinträchtigt wird, höher zu bewerten als das Interesse des Bauherrn und sein Vertrauen auf den Bestand der Erlaubnis ohne Widerrufsvorbehalt¹⁾. Auch wenn sich der Bauherr auf die widerrufsfreie Erlaubnis eingerichtet hat, muß er sich entgegenhalten lassen, er hätte erkennen können, daß eine derart uneingeschränkte Erlaubnis im Gesetz nicht vorgesehen ist. Die Interessenabwägung wird somit zu dem Ergebnis führen, daß die Erlaubnis zurücknehmbar ist.

II. Versuch einer Lösung des Problems.

Da nach Art. 18 StrWG ein dauerhafter Überbau nicht erlaubt werden kann, ist zu prüfen, ob er möglicherweise nach anderen Vorschriften zulässig ist.

1.) Einziehung der beanspruchten Wegefläche?

Man könnte daran denken, einen Fall stillschweigender Teileinziehung (Art. 8 StrWG) dergestalt anzunehmen, daß mit der Gestattung des Überbaues konkludent die Einziehung der beanspruchten Wegefläche verfügt wird.

Eine Teileinziehung, d.h. die Einziehung der Teilfläche eines öffentlichen Weges, ist rechtlich zulässig; die Einziehung muß die öffentliche Straße nicht in ihrer gesamten Ausdehnung umfassen. Sie ist sogar unter engster räumlicher Beschränkung möglich²⁾.

1) So BVerwG, Urteil vom 25. 10. 1957 (NJW 1958/884) und Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 21.

2) Sieder-Zeitler Art. 8 RdNr. 6.

Das Verfahren bei der Teileinziehung entspricht dem der Einziehung im ganzen. Sonach ist die Absicht der Einziehung drei Monate vorher ortsüblich bekanntzumachen: Art. 8 Abs. 2 StrWG. Die Einziehung selbst verfügt die Straßenbaubehörde, also in unserem Fall die Gemeinde¹⁾: Art. 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG. Die erfolgte Einziehung ist schließlich von der das Straßen- oder Bestandsverzeichnis führenden Behörde (Art. 3 Abs. 2 StrWG) öffentlich bekanntzumachen: Art. 8 Abs. 3 StrWG.

So wird regelmäßig nicht verfahren, wenn Überbauprobleme der aufgezeigten Art geregelt werden. Vielmehr schließen die Gemeinden mit den Bauwerbern in der Regel bürgerlichrechtliche Verträge ab, die alle im Zusammenhang mit dem Überbau und der Nutzung der öffentlichen Wegefläche auftauchenden Fragen erschöpfend behandeln.

Die Tatsache, daß kein Einziehungsverfahren durchgeführt wird, ist freilich für sich allein kein Beweis dafür, daß ein solches entbehrlich ist. Ob die beanspruchte Teilfläche des Weges in einem förmlichen Verfahren einzuziehen ist, richtet sich vielmehr danach, ob nach der gegebenen materiellen Rechtslage eine Einziehung möglich oder gar erforderlich ist.

Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG ist die Einziehung eines Weges nur zulässig, wenn

- a) die Straße jede Verkehrsbedeutung verloren hat
oder
- b) überwiegende Gründe des öffentlichen Wohles eine
Einziehung erforderlich machen.

Keine dieser beiden zwingenden Voraussetzungen ist hier gegeben. Der Überbau hat auf die Verkehrsbedeutung der Straße keinen

1) Siehe Art. 58 Abs. 2 Buchstabe c) StrWG.

entscheidenden negativen Einfluß. Die Verkehrsbedeutung kann sogar zunehmen, wenn der Überbau einem Gebäude (z.B. einem Kaufhaus) dient, das starken Publikumsverkehr anzieht. Überwiegende Gründe des öffentlichen Wohles, die die Einziehung der Straße rechtfertigen würden, sind ebenfalls nicht erkennbar; denn die Einziehung soll ausschließlich einem privaten Überbau dienen¹⁾.

So ergibt sich, daß die überbaute Straßenfläche nicht einbezogen werden kann. Daher verliert die durch die Dauernutzung beanspruchte Fläche ihren Charakter als öffentliche Sache im Gemeingebruch nicht. Der Gemeingebruch selbst ist freilich an dieser Stelle beseitigt.

2.) Auffassungen in der Literatur.

Gewichtige Stimmen in der Literatur füllen die Lücke der gesetzlichen Regelung durch die These, es gebe auch unter der Herrschaft der neuen Straßengesetze die Möglichkeit, an einer öffentlichen Straße ein Dauernutzungsrecht einzuräumen, obwohl die Gesetze dieses Institut nicht übernommen haben und ersichtlich auch nicht übernehmen wollten²⁾. Teilweise wird als Rechtsgrundlage für dieses Nutzungsrecht das

-
- 1) Ebenso Salzwedel, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 435. Das BayObLG hat im Urteil vom 31. 1. 1964, BayVBl. 1964/267, 268 entschieden, daß die Einziehung eines Straßenstückes, um einem Industriebetrieb die Straßenfläche als Werksgelände anbieten zu können, dem öffentlichen Wohle diene, da die Ansiedlung eines Betriebes den wirtschaftlichen Interessen eines Gemeinwesens entspreche. M.E. wird in dieser Entscheidung der Begriff "überwiegende Gründe des öffentlichen Wohles" zu stark strapaziert; denn auch die Existenz der öffentlichen Straße diene dem öffentlichen Wohle und die Lebensfähigkeit des durch die Straßeneinziehung gefährdeten Bäckereibetriebes lag ebenfalls im wirtschaftlichen Interesse der Gemeinde. Dieser Fall konnte nicht danach gelöst werden, ob der neue Betrieb ein höheres Aufkommen an Gewerbesteuer verspricht als der bestehende. Maßgebend für die Einziehung war das Privatinteresse des Betriebes.
- 2) Siehe für Bayern die IME zum Vollzug des StrWG vom 18. 12. 1959 Nr. IV R2 - 9511 i II/65 (MABl. 1959/813, 819).

Gewohnheitsrecht herangezogen¹⁾, teilweise wird es, da es nicht in die Form einer öffentlichrechtlichen Sondernutzung paßt, dem bürgerlichen Recht zugeordnet mit der Feststellung, es könne - offenbar weil keine andere Rechtsform verwendbar ist - nur noch in privatrechtlichen Formen vom Eigentümer des Straßengrundes gewährt werden²⁾. Beide Ansichten sind abzulehnen.

a) Dauerrecht kraft Gewohnheitsrechts?

Nach allgemeiner Rechtsauffassung ist auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die Bildung von Gewohnheitsrecht möglich³⁾. Indes besteht das frühere wegerechtliche Gewohnheitsrecht nicht mehr fort. Dies gilt auch insoweit, als das StrWG eine Regelung nicht getroffen hat. Art. 79 Abs. 1 StrWG bestimmt, daß mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes alles gleichlautende und entgegenstehende R e c h t außer Kraft tritt. Die Amtliche Begründung zu Art. 79 Abs. 1⁴⁾ motiviert diese Vorschrift damit, daß "durch dieses Gesetz neben den bisher bestehenden Einzelregelungen auf Teilgebieten des Landstraßenrechts auch das besonders im kommunalen Wegerecht vorherrschende Gewohnheitsrecht abgelöst werden soll ". Daher besteht kein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz mehr, der neben dem Gesetz Geltung beanspruchen könnte⁵⁾.

-
- 1) So Stern, Mitbericht, VVDStL 21/183, 222 und offenbar auch v. Turegg-Kraus, Lehrbuch S. 190. Ebenso BGH, Urteil vom 25. 9. 1961 (BGHZ 36/1, 6), nach welchem die Benutzung des Wegekörpers durch Versorgungsleitungen Sondernutzung ist, die der Nutzungsverleihung bedarf. Deutlich wird dies auch aaO S. 7, wo die öffentlichrechtliche Erlaubnis der Verleihung einer Sondernutzung gegenübergestellt ist.
 - 2) Forsthoff, Lehrbuch I, 8. Aufl. S. 346, Jesch, Der Gemeindegebrauch, Korreferat, JuS 1963/213, 218 und Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 29; vgl. auch Wolff, Lehrbuch I S. 407.
 - 3) BVerwG, Urteil vom 26. 5. 1959, BVerwGE 8/317, 321.
 - 4) Beilage 2832 S. 52.
 - 5) Sieder-Zeitler Art. 79 RdNr. 1, Zimniok Art. 79 Anm. 1.

In der kurzen Zeit seit dem Inkrafttreten des StrWG am 1. September 1958¹⁾ hat sich auch noch kein neues Gewohnheitsrecht, das eine Dauernutzung zuließe, gebildet. Eine langdauernde Übung, ein usus continuus, neben die die Überzeugung treten müßte, daß das Geübte Recht ist²⁾, ist nicht erkennbar. Im übrigen wäre die Zeit seit 1958 für die Bildung von Gewohnheitsrecht zu kurz. Zwar gibt es keine feststehende zeitliche Grenze, jenseits derer eine Übung beginnt, Recht zu werden, doch würde hierfür etwas mehr als ein Jahrzehnt auch im einfachsten Falle nicht ausreichen³⁾.

b) Dauerrecht kraft bürgerlichen Rechts?

Eine Dauernutzung kann nicht deshalb in bürgerlichrechtlicher Form gestattet werden, weil sie über die Sondernutzung der Dauer und Intensität nach hinausgeht. Bürgerliches Recht kommt vielmehr nach Art. 22 StrWG, § 8 Abs. 10 FStrG und den entsprechenden Bestimmungen nahezu aller Landesgesetze nur dann zur Anwendung, wenn durch die Dauernutzung der Gemeingebrauch anderer **n i c h t** beeinträchtigt werden kann. Die Gemeinverträglichkeit ist entscheidende Voraussetzung für die Zulässigkeit einer privatrechtlichen Regelung; andere Gesichtspunkte sind nicht maßgebend. Da ein massiver Überbau an einer öffentlichen Straße regelmäßig den Gemeingebrauch an der beanspruchten Stelle nicht nur beeinträchtigt, sondern sogar völlig unmöglich macht, ist ausschließlich Raum für eine öffentlichrechtliche Gestattung⁴⁾.

Darüberhinaus verbietet auch die Monopolstellung, die der Wegeherr aufgrund seiner Wegehoheit innehat⁵⁾, und die er

1) Siehe Art. 80 StrWG.

2) Vgl. für viele Forsthoff, Lehrbuch I S. 139 f.

3) Ebenso BVerwG aaO S. 322 für die Zeit seit 1939.

4) Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 29, schwächt die von ihm vertretene gegenteilige Ansicht selbst ab, wenn er ausführt, dies könne nicht bedeuten, daß damit der Wegeeigentümer ein die öffentliche Zweckbestimmung überragendes Verfügungsrecht erhalte und seine privaten Rechte gegen das öffentliche Wege-recht ausspielen könne.

5) Köttgen aaO S. 24.

für fiskalische Zwecke ausnutzen könnte, die Ausdehnung seines bürgerlichrechtlichen Handlungsspielraumes. Im übrigen liefe eine solche Privatisierung hoheitlichen Handelns den Tendenzen der Rechtswissenschaft zuwider, die publizistische Seite der öffentlichen Sachen mehr in den Vordergrund zu rücken.

c) Dauerrecht kraft öffentlichrechtlichen Vertrages?

Nicht gewährt werden kann die Dauernutzung durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag¹⁾. Ein öffentlichrechtlicher Vertrag kann nämlich nur dann abgeschlossen werden, wenn dem die gesetzliche Regelung nicht entgegensteht²⁾. Da nach dem StrWG nur eine Erlaubnis auf Zeit oder Widerruf zulässig ist, ist es nicht möglich, davon abweichend im Einzelfall ein Dauerrecht einzuräumen³⁾.

3.) Der Ausweg des Art. 50 Satz 1 StrWG.

Für die praktisch bedeutsamsten Fälle der Dauernutzung an Gemeindestraßen bietet die Vorschrift des Art. 50 Satz 1 StrWG⁴⁾ eine Lösung. Nach dieser Bestimmung können die Gemeinden die Benutzung von Gemeindestraßen über den Gemeingebrauch hinaus abweichend von den Art. 18, 19 und 22 Abs. 1 StrWG durch Satzung nach Art. 23 und 24 GO regeln. Es ist in der Satzung zu bestimmen, daß entgegen Art. 18 Abs. 2 Satz 1 StrWG die Sondernutzungserlaubnis unbefristet oder ohne Widerrufsvorbehalt erteilt werden darf⁵⁾.

1) § 19 Abs. 6 HambWG sieht diese Möglichkeit dagegen ausdrücklich vor.

2) So die absolut herrschende Meinung, die sich in § 40 Abs. 1 des Musterentwurfes eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, neugefaßt 1966, niedergeschlagen hat.

3) Der gegenteiligen Auffassung Sieders in Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 19 kann nicht beigetreten werden.

4) Über die Vorschrift im einzelnen siehe die Ausführungen im anschließenden Kapitel.

5) Ebenso Kodal, Straßenrecht S. 575.

Die Gemeinde hat bei der Normierung von Tatbeständen, bei deren Vorliegen ein unwiderrufliches Recht eingeräumt werden kann, Vorsicht walten zu lassen. Ein solches Recht kann nur dort gewährt werden, wo nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände mit großer Wahrscheinlichkeit auch in fernerer Zukunft wesentliche Beeinträchtigungen öffentlicher Belange nicht zu erwarten sind. Zeichnen sich solche Beeinträchtigungen, die nicht notwendigerweise wegrechtlicher Natur sein müssen, ab, so kommt die Einräumung eines Dauerrechts nicht in Betracht. In diesem Sinne angewandt, trägt die Vorschrift des Art. 50 Satz 1 StrWG dringenden praktischen Bedürfnissen Rechnung und ist daher zu begrüßen.

Zusammenfassend ist sonach festzustellen, daß das Gesetz, abgesehen von dem freilich sehr bedeutsamen Bereich der Rechtsverhältnisse an Gemeindestraßen, eine Lücke enthält, nach deren Ausfüllung ein Bedürfnis besteht, da größere Investitionen stets eine dauerhafte rechtliche Sicherung der Straßenbenutzung voraussetzen¹⁾.

III. Die Rechtsnatur der Dauernutzung.

De lege lata folgt die Rechtsnatur der Dauernutzung den allgemeinen Vorschriften der Art. 18 und 22 StrWG; d.h. es ist nach ihrer Gemeinverträglichkeit zu unterscheiden, ob sie in öffentlichrechtlichen oder bürgerlichrechtlichen Formen gestattet wird. In der Regel wird eine Dauernutzung wegen der ihr immanenten Nutzungsintensität gemeinschädlich sein. Die Verwaltungspraxis, die dazu neigt, in solchen Fällen bürgerlichrechtliche Vereinbarungen zu treffen, steht allenfalls insoweit mit dem Gesetz im Einklang, als Gemeinden von

1) Die Regelung in Hamburg bezieht die Dauernutzung ausdrücklich in die Sondernutzung ein. § 19 Abs. 1 HambWG lautet: "Jede Benutzung der öffentlichen Wege, die ihren Gebrauch durch andere dauernd ausschließt oder, ist Sondernutzung."

der Möglichkeit des Art. 50 StrWG Gebrauch gemacht und Satzungen erlassen haben. Aber auch diese Vorschrift räumt den Gemeinden keine unbeschränkte Gestaltungsbefugnis ein, wie im anschließenden Kapitel noch darzulegen sein wird.

Bei der Abgrenzung der Sondernutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit ergibt sich folgendes:

Ein kleinerer Teil der Nutzungen ist positiv funktionsbezogen. Das gilt z.B. für Auskragungen über Schaufensterfronten, die den Passanten auch bei ungünstiger Witterung die ungestörte Betrachtung ausgestellter Waren ermöglichen, oder für Abfahrtsrampen zu Tiefgaragen. Die Mehrzahl der Nutzungen wird aber negativ funktionsbezogen sein, weil der Gemeingebrauch an dem beanspruchten Straßengelände ausgeschlossen wird. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird einer Nutzung die negative Funktionsbezogenheit fehlen; zu denken ist beispielsweise an die Verbindung zweier gegenüberliegender Gebäude durch einen Brückenübergang über die Straße in größerer Höhe.

Auch die Abgrenzung der Sondernutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit bietet somit keine Möglichkeit, dauerhafte Überbauten nach bürgerlichem Recht zu gestatten. Die in der Regel vorhandene negative Funktionsbezogenheit gebietet eine öffentlichrechtliche Regelung.

D r i t t e s K a p i t e l

ABWEICHENDE REGELUNGEN FÜR GEMEINDESTRASSEN DURCH SATZUNG.

Nach Art. 18, 19 und 22 StrWG richtet sich die Einräumung von Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch beeinträchtigen können, nach öffentlichem Recht, während gemeinverträgliche Sondernutzungen durch bürgerlichrechtliches Rechtsgeschäft gestattet werden. Art. 50 StrWG gibt den Gemeinden die Möglichkeit, die Benutzung der Gemeindestraßen¹⁾ abweichend von diesem System durch Satzung zu regeln²⁾.

1. Das Problem.

Art. 50 Satz 1 StrWG umgrenzt den Umfang gemeindlicher Satzungs-
befugnis nicht eindeutig. Insbesondere bleibt unklar, ob die
Gemeinden an die durch Art. 18 und 22 StrWG gezogene Grenze
zwischen öffentlichrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Sonder-
nutzungen gebunden sind und nur innerhalb dieses Rahmens ge-
wisse Modalitäten, z.B. die Gebühren- und Kostenpflicht, anders
regeln können³⁾ oder ob sie auch die Abgrenzung zwischen beiden
Sondernutzungsarten selbst abweichend durchführen können, indem
sie für gemeinschädliche Sondernutzungen bürgerlichrechtliche
Vereinbarungen oder für gemeinverträgliche Benutzungsarten
öffentlichrechtliche Regelungen vorschreiben⁴⁾.

-
- 1) Das sind nach Art. 46 StrWG Gemeindeverbindungsstraßen und Ortsstraßen; vgl. hierzu Groebe, Das erste Landesstraßengesetz, DVBl. 1959/48, 52, Knorr, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVbl. 1958/257, 303 und Zimniok, Das neue Straßen- und Wegegesetz, BayBgm. 1958/217, 218.
 - 2) Ähnliche Bestimmungen finden sich in § 18 Abs. 8 BWStrG, § 19 Abs. 7 HambWG, § 37 HessStrG, § 51 Abs. 1 NdsStrG, § 19 Abs. 3 NRWStrG, § 42 Abs. 2 RPLStrG, § 52 SaarldStrG und § 23 Abs. 1 SHStrWG.
 - 3) So Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DOV 1960/444, 448.
 - 4) So Rzepka, Bayerisches Straßen- und Wegerecht Art. 50 Anm. I 1a) bb).

Prima facie könnte aus Art. 50 Satz 2 StrWG der Umkehrschluß gezogen werden, daß zwar die Benutzung der Straße für Zwecke der öffentlichen Versorgung gemäß Art. 22 Abs. 2 StrWG dem gemeindlichen Satzungsrecht entzogen ist, nicht aber die übrige allgemeine Regelung über öffentlichrechtliche und privatrechtliche Sondernutzungen. Eine derart umfassende Befreiung will Art. 50 StrWG indessen nicht gewähren.

Andererseits wird die Auffassung Kodals¹⁾ zu eng sein, Gemeindegesetzungen dürften für gemeinschädliche Sondernutzungen eine privatrechtliche Gestaltungsform und umgekehrt für gemeinverträgliche Nutzungen eine öffentlichrechtliche Regelung generell nicht vorsehen; die Freiheit der Gemeinde, das Nutzungsverhältnis ihrer öffentlichen Einrichtungen gemäß der Gemeindeordnung nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht zu gestalten, sei durch die Straßengesetze insoweit beseitigt²⁾.

II. Die Grenzen gemeindlicher Gestaltungsfreiheit.

1.) Das Verhältnis von Art. 50 StrWG zu Art. 23 und 24 GO.

Für abweichende Bestimmungen über Sondernutzungen schreibt Art. 50 StrWG die Rechtsform von Gemeindegesetzungen gemäß Art. 23 und 24 GO vor. Nach Art. 23 in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 GO kann eine Satzung die Benutzung gemeindlicher Einrichtungen wahlweise öffentlichrechtlich oder privatrechtlich regeln³⁾; welche Rechtsform die Gemeinde für das Nutzungsverhältnis wählt, steht in ihrem freien Ermessen⁴⁾. Sollten daher Gemeindestraßen zu den

1) Straßenrecht, S. 575 bis 576.

2) Kodal aaO S. 575.

3) Vgl. hierzu die Entscheidungen des BayVerfGH vom 20. 6. 1956 (DÖV 1956/499 f.) und des VGH vom 27. 5. 1958 (VerwRSpr 10/1000), ferner Hölzl, Gemeindeordnung, Art. 21 Anm. 3 c) und Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 62 f.

4) Hölzl, GO Art. 21 Anm. 3 b) aa), Forsthoff, Lehrbuch I S. 382 für öffentliche Anstalten allgemein und S. 505 für gemeindliche Einrichtungen.

öffentlichen Einrichtungen i. S. des Art. 24 GO zählen, so hätte die Gemeinde auch hier die umfassende Gestaltungsfreiheit nach den kommunalrechtlichen Vorschriften.

Die GO teilt die öffentlichen Einrichtungen ein in solche, die nur Gemeindeangehörige benutzen dürfen (Art. 21 Abs. 1 GO) und solche, die dem Gemeingebrauch durch jedermann dienen (Art. 21 Abs. 4 GO). Hölzl¹⁾ zählt zu der zweiten Gruppe "Straßen, Grünanlagen und Wasserstraßen", läßt jedoch offen, ob sie auch zu den öffentlichen Einrichtungen des Art. 24 GO gehören. Brückner²⁾ zieht in Zweifel, ob Straßen zu den öffentlichen Einrichtungen einer Gemeinde zählen und löst das Problem, indem er feststellt, manche Vorschriften der GO (z.B. über die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen durch die Gemeindeglieder) seien auf Straßen nicht anwendbar.

Bei näherer Untersuchung muß man zu dem Ergebnis kommen, daß Gemeindestraßen nicht den öffentlichen Einrichtungen i. S. des Art. 24 GO gleichgestellt werden können. Dies ergibt sich aus zwei Überlegungen:

a) Die materiellen Unterschiede zu den gemeindlichen Einrichtungen i. S. des Art. 24 GO.

Die Gemeindestraßen sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Der unentgeltliche und zulassungsfreie Gebrauch an ihnen ist auch heute noch ihr kennzeichnendes Merkmal. Dagegen ist die Benutzung gemeindlicher Einrichtungen im Sinne des Art. 24 GO³⁾ stets vom Eintritt in ein konkretes Benutzungsverhältnis

-
- 1) AaO Anm. 3 und 8. Auch das OVG Lüneburg (Urteil vom 27. 6. 1963, DVBl. 1964/365) rechnet die Gemeindestraßen zu den öffentlichen Einrichtungen einer Gemeinde.
 - 2) Die besondere Straßenbenutzung, S. 102.
 - 3) Abgesehen von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch sind aus dem Begriff der gemeindlichen Einrichtungen im Sinne des Art. 24 GO noch auszuschneiden die sog. Verwaltungseinrichtungen des Art. 57 Abs. 3 GO, die den Bürgern selbst nicht oder nur sehr beschränkt zur Benutzung dienen. Hierzu gehören z.B. die Amtsgebäude und deren Einrichtung, die im Zuge der Organisation der Gemeindeverwaltung eingerichteten Ämter, das Verwaltungspersonal u. a.

abhängig^{1) 2)}.

Badura³⁾ weist außerdem auf die rechtliche Eigenart der Entstehung einer öffentlichen Einrichtung hin: Der Entstehungsvorgang, der dem öffentlichen Sachenrecht zuzurechnende Akt der Widmung, begründe die öffentliche Zweckbestimmung der gewidmeten Einrichtung und eröffne diese dem allgemeinen Gebrauch. Bei der öffentlichen Straße seien Form und Rechtsfolge der Widmung wegerechtlich abschließend festgelegt. Eine Widmung, wie sie für die Entstehung einer öffentlichen Einrichtung vorliegen müsse, nämlich bezogen auf den allgemeinen Gebrauch der **G e m e i n d e** einwohner, sei deswegen bei einer Straße nicht möglich, so daß ein Straßengrundstück, wenn es in eine öffentliche Sache verwandelt werden solle, stets nur als öffentliche Sache im Gemeindegebrauch, nicht aber als öffentliche Einrichtung entstehen könne⁴⁾.

Dem ist zuzustimmen. Die rechtliche Zulässigkeit einer Sondernutzung und ihre Gestaltungsform richten sich ausschließlich nach dem Wegerecht; gemeinderechtliche Vorschriften, die bei der Benutzung von Straßen Gemeindebewohner privilegieren, können nicht erlassen werden.

b) Das rechtstechnische Verhältnis von Art. 50 StrWG zu Art. 23 und 24 GO.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten die Gemeinden durch Art. 50 StrWG "im Hinblick auf die grundsätzliche Regelung in den Art. 18 ff. die Möglichkeit haben, den

1) Ebenso Badura, Zulassung, JuS. 1966/17, 19.

2) Darüber, daß die öffentliche Straße nicht mit einer öffentlichrechtlichen Anstalt gleichgesetzt werden kann, siehe die Ausführungen oben S. 70 Fußnote 3.

3) Zulassung, aaO S. 19 bis 20.

4) Ebenso Forsthoff, Lehrbuch I, S. 505.

örtlichen Verhältnissen durch Satzung Rechnung zu tragen"¹⁾. Mit dieser Regelung sollte das frühere bayerische Wegege-
wohnheitsrecht fortgeführt werden, wie es der BayVGH in der
Entscheidung vom 18. 9. 1952²⁾ zusammengefaßt hatte. In
diesem Urteil ist dargestellt, daß nach bayerischer Rechts-
auffassung Gemeinden gemeinvertragliche Sondernutzungen dem
öffentlichen Recht unterstellen konnten. Voraussetzungen und
Zulässigkeit von Sondernutzungen an Gemeindestraßen ergaben
sich jedoch nicht aus gemeinderechtlichen Vorschriften, son-
dern aus dem Wegerecht. Auch Art. 50 StrWG ist nur eine Rechts-
folgeverweisung auf die Vorschriften der GO hinsichtlich der
Form einer generellen Regelung von Sondernutzungen an Ge-
meindestraßen³⁾. Ferner: Wären Gemeindestraßen öffentliche
Einrichtungen i. S. des Art. 24 GO, so würde sich die Satzungs-
befugnis unmittelbar aus Art. 23 und 24 GO ergeben; die Ver-
weisung in Art. 50 StrWG wäre überflüssig. Das zeigt, daß der
Gesetzgeber Gemeindestraßen und öffentliche Einrichtungen i. S.
des Art. 24 GO nicht gleichsetzen wollte.

2.) Folgerungen für den Umfang gemeindlicher Satzungsbefugnis.

Hieraus ergeben sich folgende wegerechtliche Limitierungen
der gemeindlichen Satzungsbefugnis:

a) Die Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung.

Art. 50 Satz 1 StrWG läßt eine abweichende Regelung nicht
zu, die den Umfang des Gemeingebrauches zugunsten der Son-
dernutzungen einengen und Gemeingebrauch und Sondernutzung
anders abgrenzen will⁴⁾. Der Umfang des Gemeingebrauches

1) So die Amtliche Begründung zu Art. 50 StrWG, Beilage 2832.

2) BayBgm 1953/164; siehe oben S. 32.

3) Ebenso Rzepka, Bayer. Straßen- und Wegerecht, Art. 50 Anm. I:
Art. 50 sei "kein bloßer Hinweis auf die Art. 23 ff. GO,
sondern eine eigenständige straßenrechtliche Satzungser-
mächtigung, die jenen gemeinderechtlichen Bestimmungen vor-
geht, zugleich aber kraft der Verweisung durch sie weitgehend
ergänzt wird".

4) Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 5 und Art. 50 RdNr. 9, Zimniok,
Art. 50 Anm. 3, Rzepka, Bayerisches Straßen- und Wegerecht,
Art. 50 Anm. I 1 a) aa).

ist für den konkreten Fall den gesetzlichen Vorschriften, der Widmung, den örtlichen Verkehrsvorschriften und der Gemeinüblichkeit zu entnehmen. Nur die Nutzungsformen "über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung)"¹⁾ können durch eine Satzung modifiziert werden²⁾. Art. 14 StrWG ist in Art. 50 nicht erwähnt. Sonach ist es nicht möglich, Erscheinungsformen des Gemeingebrauches den Vorschriften über Sondernutzungen zu unterwerfen³⁾. Unberührt bleibt dagegen die Möglichkeit, daß die Gemeinde gewisse Sondernutzungen wie gemeingebrauchliche Benutzungsarten behandelt, mithin erlaubnisfrei und unentgeltlich gestattet⁴⁾. Die Nutzung bleibt in diesem Falle Sondernutzung; die Gemeinde unterläßt es nur, die Folgerungen aus dem Charakter als Sondernutzung zu ziehen⁵⁾.

b) Einschränkungen aus dem Rechtscharakter einer Gemeinde-
straße als öffentliche Sache im Gemeingebrauch.

Die öffentliche Straße unterliegt als öffentliche Sache im Gemeingebrauch ihrer öffentlichen Zweckbindung. Bürgerliches Recht kann daher nur ausnahmsweise dann Geltung beanspruchen, wenn der öffentlichrechtliche Charakter der Straße und die sich hieraus ergebenden Rechtsbeziehungen nicht berührt werden.

In der Regel ist zwar die Gemeinde auch privatrechtliche Eigentümerin des Wegegelandes. Wie aber bei der öffentlichen Sache selbst ihre bürgerlichrechtliche Seite überlagert ist von der öffentlichen Zweckbestimmung, so ist hiermit korrespondierend die Stellung der Gemeinde als öffentlichrechtliche Wegeherrin die primäre und verdeckt die Eigentümerstellung.

1) So der Wortlaut des Art. 50 Satz 1 StrWG a.F.

2) Vgl. auch BayVGH, Urteil vom 21. 11. 1968, BayVBl. 1969/219.

3) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 50 RdNr. 9.

4) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 50 RdNr. 10, Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DOV 1960/444, 448. § 18 Abs. 8 Satz 1 BWStrG läßt dies ausdrücklich zu. Vgl. hierzu auch Stürner, Gestaltungsformen, S. 61.

5) Ebenso Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 37, Schmidt-Tophoff, Reklame, DVBl. 1970/17, 28; siehe hierzu auch Volkmar, Grundzüge, S. 65 bis 66 und Brückner, Die besondere Straßenbenutzung, S. 98 f.

Es ist der Gemeinde nicht gestattet, unter Ausnutzung ihres Eigentums Privatrechtsvereinbarungen zu treffen, die die bestimmungsgemäße Benutzung der Straßen durch jedermann beeinträchtigen können. Sie hat als "Treuhänderin"¹⁾ des öffentlichen Wohles die ungestörte Straßenbenutzung im Rahmen des Gemeindegebrauches zu gewährleisten.

Hieraus folgt, daß Art. 50 StrWG den Gemeinden nicht erlaubt, in einer Satzung die Möglichkeit vorzusehen, Sondernutzungen, die den Gemeindegebrauch beeinträchtigen können, durch bürgerlich-rechtliche Vereinbarungen zu ersetzen²⁾.

Dies gilt ohne Einschränkung. Sieder³⁾ legt die Vorschrift des Art. 50 Satz 1 StrWG m. E. zu weit aus, wenn er darlegt, die Gemeinden könnten auf die Anwendung des öffentlichen Rechts verzichten, wenn die angestrebte Sondernutzung den Gemeindegebrauch nur ganz geringfügig und kurzfristig berühre. Auch bei Sondernutzungen, die ihrer Natur nach den Gemeindegebrauch nur unwesentlich beeinträchtigen, steht Privatrechtsvereinbarungen die hoheitliche Stellung der Gemeinde als Wegeherrin entgegen. Es würde ihrer "Treuhänderstellung" zuwiderlaufen, wenn sie Nutzungen, bei denen eine Berührung öffentlicher Belange nicht auszuschließen ist, privatrechtlich gestatten würde. Art. 22 Abs. 2 StrWG, der Nutzungen für Zwecke der öffentlichen Versorgung bei kurz dauernder und geringfügiger Beeinträchtigung des Gemeindegebrauches dem

1) Der Begriff Treuhänder dient nur der Verdeutlichung, er soll nicht als *terminus technicus* des bürgerlichen Rechts verstanden werden. Mayer, Der Gemeindegebrauch, Referat, JuS 1963/205, 209 verwendet den Begriff zur Umschreibung der Stellung des Herrn der öffentlichen Sache gegenüber dem Privateigentümer.

2) Ebenso im Ergebnis Bruckner, Die besondere Straßenbenutzung, S. 100, Sieder-Zeitler Art. 50 RdNr. 10; a.A. Zimniok Art. 50 Anm. 5 b). Stürner, Gestaltungsformen, S. 63, läßt in diesem Bereich privates Recht zu, soweit die StVO nicht entgegenstehe.

3) In Sieder-Zeitler Art. 50 RdNr. 3.

bürgerlichen Recht zuordnet, enthält kein Ausnahmeprinzip des Inhalts, daß für nur kurzdauernde und geringfügige Beeinträchtigungen generell bürgerlichrechtliche Regelungen möglich sind. Wie sich aus der Amtlichen Begründung ergibt, beruht die Vorschrift auf einem Entgegenkommen gegenüber den Wünschen der Versorgungswirtschaft, die an dem im Recht der öffentlichen Versorgung bewährten System bürgerlichrechtlicher Verträge festhalten wollte¹⁾. Sonach regelt Art. 22 Abs. 2 StrWG einen echten Ausnahmetatbestand.

Hinzu kommt, daß es nahezu unmöglich ist, sichere Abgrenzungskriterien für die Feststellung zu finden, wann der Gemeingebrauch nur ganz geringfügig und kurzfristig berührt wird. Ist schon die Bestimmung der Gemeinverträglichkeit als solche äußerst schwierig, so fehlen für die Feststellung geringfügiger und kurzfristiger Beeinträchtigung vollends feste Anhaltspunkte. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, daß sowohl die Grenzen des Gemeingebrauches als auch die der Gemeinverträglichkeit nicht für jede Gemeinde und für alle Zeiten gleich zu ziehen sind²⁾.

Aus diesem Grund bestehen auch Bedenken dagegen, einer Gemeinde-satzung die Bestimmung der Grenzen der Gemeinverträglichkeit zu überlassen, damit gewisse Sondernutzungen dem bürgerlichen Recht zugewiesen werden können. Zum Nachteil der Allgemeinheit der Straßenbenutzer dürfen Privatrechtsvereinbarungen nicht in erweitertem Umfange zugelassen werden³⁾.

Umgekehrt ist es dagegen unbedenklich, wenn die Gemeinde durch Satzung eine öffentlichrechtliche Regelung vorschreibt für den Bereich, in dem nach Art. 22 Abs. 1 StrWG bürgerliches Recht gelten soll⁴⁾. Insoweit stehen wegerechtliche Gesichtspunkte nicht entgegen.

1) Amtliche Begründung zu Art. 23 des Entwurfes, dem Art. 22 des Gesetzes entspricht, Beilage 2832 S. 30; ebenso Marschall, FStrG, § 8 Anm. 11 (S. 335), Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 58.

2) Auf diese Schwierigkeiten macht de Weldige-Cremer, Benutzung, S. 89, aufmerksam.

3) Keine Bedenken dieser Art haben dagegen Sieder-Zeitler Art. 50 RdNr. 9 und Zimniok, Art. 18 Anm. 5 a).

Bewegt sich die Nutzungsregelung der Satzung im öffentlich-rechtlichen Bereich, so bestehen keine weiteren wegerechtlichen Schranken für die Ausgestaltung des Nutzungsrechtsverhältnisses. Die Gemeinden können daher von der Erhebung von Sondernutzungsgebühren für bestimmte Fälle ganz oder teilweise absehen¹⁾ oder Vorschriften über das Erlaubnisverfahren erlassen²⁾. Auch können sie in Abweichung von Art. 18 Abs. 2 Satz 1 StrWG die Einräumung von Dauernutzungsrechten zulassen³⁾, sofern nicht öffentliche Interessen entgegenstehen. Praktisch bedeutsam wird dies vor allem für Fälle des dauerhaften Überbaues an Gemeindestraßen. Hier bietet sich de lege lata die einzige Möglichkeit, solche Überbauten wegerechtlich zu gestatten.

c) Zwischenergebnis.

Sonach ist festzuhalten, daß das Recht der Sondernutzungen, soweit es den Bereich des öffentlichen Rechts nicht verläßt, ohne Verstoß gegen wegerechtliche Gesichtspunkte modifiziert werden kann. GemeinDESatzungen dürfen aber Sondernutzungen des öffentlichen Rechts nicht dem bürgerlichen Recht zuordnen⁴⁾. Dagegen können unter Art. 22 Abs. 1 StrWG fallende Nutzungen dem öffentlichen Recht zugewiesen werden.

-
- 4) Ebenso Helmreich-Widtmann, GO, Exkurs bei Art. 57, II 1 vor a) (S. 419), Brückner, Die besondere Straßenbenutzung, S. 105, Stürner, Gestaltungsformen, S. 62, VGH, Urteil vom 19. 11. 1963 (BayVBl. 1964/58). A.A. Nedden, Kreuzungsrecht, S. 117.
- 1) Ebenso Zimniok, Art. 50 Anm. 5 c).
- 2) Zimniok, Art. 50 Anm. 5 d).
- 3) Ebenso Kodal, Straßenrecht, S. 575; vgl. die Ausführungen oben S. 121 f.
- 4) Das Ergebnis deckt sich in etwa mit der Rechtslage nach § 18 Abs. 8 BWStrG. Die Vorschrift lautet: "Die Gemeinden können durch Satzung vorschreiben, daß bestimmte Sondernutzungen an Gemeindestraßen keiner Erlaubnis nach Abs. 1 Satz 1 bedürfen. Sie können die Sondernutzung an Gemeindestraßen durch Satzung auch abweichend von Abs. 3, 4 und 6 Satz 1 regeln". Die genannten Absätze betreffen lediglich die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses einer öffentlichrechtlichen Sondernutzung. Es ist also nur eine Modifizierung innerhalb des öffentlichrechtlichen Bereiches möglich. Ähnlich ist die Rechtslage nach § 37 Hess-StrG, § 51 Abs. 1 Satz 1 NdsStrG, § 19 Abs. 3 NRWStrG und § 42 Abs. 2 RPLStrG.

3.) Einschränkungen der gemeindlichen Satzungsbefugnis aus anderen Gründen.

a) Einschränkung aus fiskalischen Gründen.

Art. 18 Abs. 3 StrWG verpflichtet den Erlaubnisnehmer, dem Träger der Straßenbaulast alle Kosten zu ersetzen, die diesem durch die Sondernutzung zusätzlich entstehen. Hierher gehören neben erhöhten Kosten für den Straßenbau auch Aufwendungen für die Änderung der Straße, zusätzliche Unterhaltungskosten und Kosten für eine weitergehende Beschilderung der Verkehrswege¹⁾. Sinn dieser Vorschrift ist es, den Baulastträger, bei Gemeindestraßen also die Gemeinde und damit die Allgemeinheit, von zusätzlichen Kosten freizustellen, die entstehen, weil ein Einzelner für sich einen besonderen Vorteil in Anspruch nimmt. Gemeindliche Gelder sollen nicht zum Nutzen einiger Weniger verwendet werden²⁾. Die Gemeinde darf in einer Satzung nichts Gegenteiliges bestimmen. Eine Satzung, die allgemein oder einzelne Erlaubnisnehmer von der Kostenlast des Art. 18 Abs. 3 StrWG freistellen würde, wäre rechtswidrig. Sie würde anerkannten Grundsätzen gemeindlicher Haushaltsführung, unter Umständen auch dem Gleichheitsgrundsatz, widersprechen.

Gleiches gilt für die Vorschrift des Art. 18 Abs. 6 StrWG. Dort ist verankert, daß der Erlaubnisnehmer bei Widerruf der Erlaubnis oder bei Sperrung, Änderung, Umstufung oder Einziehung der Straße keinen Ersatzanspruch gegen den Träger der Straßenbaulast hat. Aus den eben erwähnten Gründen kann auch von dieser Vorschrift nicht zugunsten eines Einzelnen oder einer Personengruppe abgewichen werden.

1) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 29.

2) Ebenso Schulke, Sondernutzung im Wegerecht und Verwaltungsermessen, BayVB1. 1961/206.

b) Einschränkung aus sicherheitsrechtlichen Gründen.

Aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, aus gewerbe-, bau-, wasserrechtlichen und anderen sicherheitsrechtlichen Gründen kann in Gemeindegesetzungen nach Art. 50 StrWG auch nicht von der Vorschrift des Art. 18 Abs. 4 StrWG abgewichen werden. Die Vorschrift, nach der der Erlaubnisnehmer verpflichtet ist, die Sondernutzungsanlagen nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften und anerkannten Regeln der Technik zu errichten und zu unterhalten, ist wegen ihres sicherheitsrechtlichen Charakters zwingender Natur.

c) Die Einschränkung aus Art. 50 Satz 2 StrWG.

Soweit öffentliche Versorgungsleitungen Gemeindestraßen benutzen und hierbei den Gemeingebrauch nicht oder nur für kurze Dauer beeinträchtigen, besteht nach Art. 50 Satz 2 StrWG das gemeindliche Satzungsrecht nicht. Daher ist es nicht möglich, in einer Satzung zu bestimmen, daß für Versorgungsleitungen die allgemeinen Regeln der Art. 18 und 22 Abs. 1 StrWG gelten sollen oder daß gewisse Beeinträchtigungen durch Aufgrabungen und Leitungsverlegungen noch als kurzdauernd anzusehen sind.

Wie bereits dargelegt wurde¹⁾, stellt die Regelung des Art. 22 Abs. 2 StrWG, nach der sich die Benutzung der öffentlichen Straßen zu Versorgungszwecken stets nach bürgerlichem Recht zu richten hat, eine nicht zwingend gebotene Konzession gegenüber den Trägern der Versorgungswirtschaft dar. Da gerade in den Gemeinden das Versorgungsnetz besonders dicht ist, mußte in Fortführung der Regelung des Art. 22 Abs. 2 StrWG die Befugnis der Gemeinden, die Nutzungsrechtsverhältnisse an ihren Straßen nach den ihr zweckmäßig erscheinenden Gesichtspunkten auszugestalten, bezüglich der Versorgungsleitungen eingeschränkt werden, um das im Recht der

1) S. 90 ff.

Versorgungswirtschaft herrschende System bürgerlichrechtlicher Verträge nicht zu durchbrechen. Die an Art. 22 Abs. 2 StrWG geübte Kritik trifft daher in vollem Umfange auch die Vorschrift des Art. 50 Satz 2 StrWG.

Daß diese Abweichung von der Dogmatik des Sondernutzungsrechts nicht notwendig war, zeigt ein Blick in die Straßengesetze der übrigen Bundesländer. Es bestehen durchaus nicht überall ähnliche für die Träger öffentlicher Versorgung günstige Bestimmungen. Eine Regelung, die dem Art. 50 Satz 2 StrWG entspricht, findet sich in Baden-Württemberg¹⁾, Hessen²⁾, Niedersachsen³⁾, Nordrhein-Westfalen⁴⁾ und Rheinland-Pfalz⁵⁾, während in Schleswig-Holstein⁶⁾ die Befugnis zu abweichenden Satzungsbestimmungen auch hinsichtlich der Benutzung der Gemeindestraßen zu Zwecken der öffentlichen Versorgung besteht. In dem letztgenannten Land sowie in allen anderen Ländern, die eine dem Art. 50 Satz 2 StrWG entsprechende Regelung nicht getroffen haben, nämlich in Berlin, Bremen, Hamburg und im Saarland, ist der Gesetzgeber von der Systematik der Sondernutzungsregelungen nicht abgewichen. Gleichwohl

-
- 1) Die Ermächtigung des § 18 Abs. 8 BWStrG zum Erlaß von Satzungen erstreckt sich nicht auf § 23 BWStrG (bürgerlichrechtliche Benutzung der Straße). Nur im Rahmen der öffentlichrechtlichen Sondernutzung kann mithin eine abweichende Regelung durch Satzung Platz greifen, nicht jedoch hinsichtlich der bürgerlichrechtlich geregelten Benutzung der Straße zu Versorgungszwecken.
 - 2) § 37 HessStrG.
 - 3) § 51 Abs. 1 Satz 2 NdsStrG gestattet Regelungen in einer Satzung über die Benutzung der Ortsstraßen und Ortsdurchfahrten nur, wenn der Gemeingebrauch nicht nur vorübergehend beeinträchtigt wird, also nur im öffentlichrechtlichen Bereich.
 - 4) § 19 Abs. 3 NRWStrG läßt eine Satzung nur zu, um eine von den §§ 18 und 20 abweichende Regelung zu treffen. § 23 (bürgerlichrechtliche Nutzungen, zu denen auch Nutzungen für Zwecke öffentlicher Versorgung zählen, soweit der Gemeingebrauch nicht oder nur vorübergehend beeinträchtigt wird) bleibt davon unberührt.
 - 5) § 45 Abs. 1 RPLStrG (Benutzungen zu Versorgungszwecken, die den Gemeingebrauch nur kurzfristig beeinträchtigen) wird von der Befugnis zum Erlaß abweichender Satzungen nicht erfaßt, da nach der Amtlichen Begründung zu § 45 Abs. 1 kein Fall einer Sondernutzung (§ 41) vorliegt, nach § 42 Abs. 2 eine Satzung aber nur "Sondernutzungen" abweichend regeln kann.
 - 6) § 23 Abs. 1 SHStrWG.

ist dort die Rechtsposition der Versorgungsunternehmen nicht ungünstiger.

III. Ausweitung der gemeindlichen Gestaltungsbefugnis.

Abgesehen von den Gemeindestraßen können die Gemeinden noch für drei weitere Gruppen von Straßen Nutzungsrechtsverhältnisse abweichend vom System des StrWG regeln.

1.) Für Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen.

Gemäß § 8 Abs. 7 FStrG bedürfen örtliche Vorschriften, die die Sondernutzung für Anlieger an Ortsdurchfahrten abweichend regeln, der Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde. Die Vorschrift geht damit stillschweigend von der Befugnis der Gemeinden zum Erlass derartiger Satzungen aus¹⁾. Der Gegenstand der Regelung ist allerdings auf Sondernutzungen der Anlieger beschränkt. Für die Auslegung der Vorschrift ist von Bedeutung, daß die Anlieger gegenüber anderen Sondernutzungsbewerbern nur hinsichtlich des früheren Anliegergemeingegebrauches²⁾ privilegiert werden sollen, nicht jedoch bezüglich echter Sondernutzungen, für die Anlieger auch nach früherem

1) Praktische Bedeutung hat § 8 Abs. 7 FStrG nur für die eine Gruppe der Bundesfernstraßen, die Bundesstraßen, weil Bundesautobahnen keine Ortsdurchfahrten aufweisen.

2) Das bayerische Recht kannte dieses Rechtsinstitut nicht; der Anlieger war wie jeder Straßenbenutzer zu behandeln; vgl. die Entscheidungen des BayVGh vom 20. 12. 1929 (VGHE 50/167, 169), vom 21. 7. 1933 (VGHE 54/106, 111) und vom 27. 5. 1958 (BayVBl. 1958/281, 284), Sieder-Zeitler, Art. 14 RdNr. 16, Zimniok, Art. 14 Anm. 2 b), Groebe, Das erste Landesstraßengesetz, DVBl. 1959/48, 50, Knorr, Zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVBl. 1958/257, 302 und IME vom 18. 12. 1959 (MABl. S. 813). A. A. ist nur Mang, Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 459. Für das außerbayerische Recht ebenso schon Scheuner, Der Gemeingebruch an Straßen, ZAKDR 1937/484, 487, v. Dassel, Das Wegegelande und sein Recht, FIZschr 76/1, 24, Fleiner, Institutionen, S. 377 und Brabant, Der Gemeingebruch an städtischen Straßen, JW 1938/3201, 3202; aus neuerer Zeit Marschall, FStrG, § 8 Anm. 8 (S. 325) mit weiteren Nachweisen, Kodal, Straßenrecht, S. 33 und eingehend S. 44 ff., ders., Der "gesteigerte Gemeingebruch", DOV 1960/444, 445, Finkler, Die Beseitigung von Treppenstufen auf Bürgersteigen, DOV 1960/926, 927, Nau, Der Gemeingebruch an öffentlichen Wegen, S. 27 und BGH, Urteil vom 19. 12. 1956 (BGHZ 22/395, 397) und vom 15. 5. 1957 (DOV 1957/622).

Recht einer Erlaubnis bedurften¹⁾. § 8 Abs. 7 FStrG trägt damit dem Umstand Rechnung, daß nunmehr wesentliche Befugnisse aus dem früheren zulassungsfreien Anliegergemeingebrauch den Sondernutzungen zuzurechnen sind²⁾. Daraus im Einzelfall sich ergebende Härten sollen durch entsprechende gemeindliche Bestimmungen gemildert werden.

2.) Für Ortsdurchfahrten der Staats- und Kreisstraßen.

Nach der Neufassung des Art. 48 Abs. 2 StrWG durch das StrWÄndG gilt Art. 50 entsprechend auch für Gehwege, Radwege und Parkplätze im Verlauf der Ortsdurchfahrten von Staats- und Kreisstraßen, soweit die Gemeinde für diese Straßenbestandteile die Baulast trägt.

3.) Für die sonstigen öffentlichen Straßen.

Gemäß Art. 56 Abs. 2 zweiter Halbsatz StrWG ist Art. 50 StrWG ferner auf diejenigen sonstigen öffentlichen Straßen entsprechend anwendbar, die in der Baulast der Gemeinde stehen. Hierzu zählen die beschränkt-öffentlichen Wege und neuerdings³⁾ die ausgebauten öffentlichen Feld- und Waldwege. Sondernutzungen an ihnen können unter Beachtung der unter Ziffer II. dargelegten Einschränkungen ebenfalls abweichend von Art. 18, 19 und 22 Abs. 1 StrWG durch Satzung geregelt werden⁴⁾.

1) Ebenso Marschall, FStrG, § 8 Anm. 8 (S. 324).

2) Vgl. Marschall aaO unter Berufung auf Salzwedel, Gemeingebrauch im Wegerecht und Wasserrecht, Zschr für Wasserrecht 1963 S. 73, 85.

3) Siehe Art. 54 StrWG n.F. Zur neuen gesetzlichen Regelung vgl. Tschira, Die wichtigsten Änderungen des Bayer. Straßen- und Wegegesetzes, BayBgm. 1968/133, 135.

4) Vgl. Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 488, Rzepka, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Art. 56 Anm. I 2.

IV. Gemeindliche Satzungsbefugnis und die Abgrenzung der Sondernutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit.

Entscheidend für den Umfang der gemeindlichen Satzungsgewalt ist nach alledem der Rechtscharakter der betreffenden Nutzungsgruppen. Da der Satzungsgeber bei seiner Normsetzung eine unbestimmte Vielzahl von unterschiedlichen Lebenssachverhalten in eine abstrakte Vorschrift fassen muß, ist er gezwungen, eine Prognose für die Zukunft zu stellen und ein Maximum an möglichen Sachverhalten zu berücksichtigen. Die ohnehin nicht einfache Prognose wird noch weiter erschwert, wenn der Umfang der Satzungsbefugnis durch ein so unbestimmtes Merkmal wie die Gemeinverträglichkeit der Sondernutzungen abgegrenzt wird. Da ferner die Gemeinverträglichkeit je nach Ort, Zeit oder Art der Benutzung wechseln kann, ist eine vorausschauende Prüfung, ob einzelne Gruppen von Sondernutzungen durch Satzung geregelt werden können, fast nie exakt möglich.

Hier bietet sich die Abgrenzung zwischen den Sondernutzungen nach ihrer Funktionsbezogenheit an. Eine Vorhersage über die positive Funktionsbezogenheit einer Nutzung ist in nahezu allen Fällen möglich; denn besondere örtliche und zeitliche Umstände spielen hierbei keine Rolle und brauchen nicht in die Überlegungen einbezogen zu werden. Stellt sich die positive Funktionsbezogenheit der Nutzung heraus, so ist diese einer öffentlichrechtlichen Regelung zu unterwerfen. Nur bei Nutzungen, denen die positive Funktionsbezogenheit zur Strafe fehlt, sind Überlegungen über die negative Funktionsbezogenheit in Form der Gemeinschaftlichkeit notwendig.

V i e r t e s K a p i t e l

DIE ZUFAHRT.

Allenthalben ist im Wegerecht die Tendenz feststellbar, Nutzungen gemeingebrauchlicher Art der Aufsicht der Wegebehörde zu unterstellen und, soweit möglich, von einer Erlaubnis abhängig zu machen. Insbesondere sind bereits weite Bereiche der sogenannten Anliegernutzung dem Gemeingebrauch entzogen und zu Sondernutzungen erklärt worden. Unter diesem Blickwinkel ist der für den Anlieger höchst wichtige Zugang von der Straße zu seinem Grundstück näher zu betrachten. Dabei ist davon auszugehen, daß der in Art. 19 Abs. 1 StrWG n. F. verwendete Begriff der Zufahrt jede Möglichkeit umfaßt, das Anliegergrundstück zu Fuß oder mit einem Verkehrsmittel zu erreichen¹⁾.

I. Die Einordnung der Zufahrt in das gesetzliche System von Gemeingebrauch und Sondernutzung.

1.) Die Zufahrt als Gemeingebrauch oder Sondernutzung.

Gemäß Art. 19 Abs. 1 StrWG²⁾ gilt das "Errichten und Vorhalten"³⁾ der Zufahrt a u ß e r h a l b der geschlossenen Ortslage als Sondernutzung nach öffent-

-
- 1) Vgl. die Amtliche Begründung zu § 1 Nr. 16 StrWändG (6. Legislaturperiode Beilage 447 S. 14). A. A. ist Rzepka, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Art. 19 Anm. IV. Anders ist die Rechtslage nach § 8 Abs. 4 FStrG; dort sind nur Zufahrten, nicht Zugänge erfaßt. Vgl. hierzu Nr. 13 des Allgemeinen Runderlasses Straßenbau Nr. 12/57 (VkB1. 1958/20).
 - 2) Inhaltlich gleich sind: § 20 Abs. 1 Satz 1 BWStrG, § 20 Abs. 2 Satz 1 NdsStrG, § 20 Abs. 1 Satz 2 NRWStrG, § 43 Abs. 1 Satz 1 RPLStrG, § 20 Abs. 1 SaarldStrG und § 24 Abs. 1 SHStrWG. § 18 HambWG behandelt die Zufahrt als erlaubnispflichtige Sondernutzung, ebenso § 19 Abs. 1 Satz 2 HessStrG.
 - 3) Nicht der auf der Zufahrt stattfindende Verkehr, da andernfalls jedem einzelnen Benutzer der Zufahrt eine Sondernutzungserlaubnis erteilt werden müßte. So die Amtliche Begründung aaO, Knorr, Die jüngste Änderung des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes, BayVB1. 1968/225, 226.

lichem Recht. Sieder¹⁾ meint, es handle sich um eine gesetzliche Fiktion. Dem kann nicht zugestimmt werden. Bei Erlaß des Art. 19 Abs. 1 StrWG ging der Gesetzgeber von der Überlegung aus, daß Zufahrten "die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, insbesondere außerhalb der geschlossenen Ortslage, erheblich beeinträchtigen"²⁾. Art. 19 Abs. 1 StrWG soll die Behörde der Mühe entheben, im Einzelfall die Gemeenschädlichkeit der Zufahrt zu prüfen³⁾. Die Vermutung der Gemeenschädlichkeit wurde sonach nicht aus wegerechtlichen, sondern aus verkehrsrechtlichen Gründen geschaffen.

Wegerechtlich betrachtet ist aber die Zufahrt - wenn sie die Straße nutzt so wie diese liegt (schlichte Zufahrt⁴⁾) - als Teil der Anliegernutzung Gemeingebrauch. Soweit der Anlieger die Straße tatsächlich häufiger und intensiver benutzt als der gewöhnliche Straßenbenutzer, insbesondere auch als Zufahrt, zieht er aus dem Aufwand, den er für die Straßenherstellung tragen mußte, den Nutzen, an das öffentliche Verkehrsnetz angeschlossen zu sein⁵⁾. Erst wenn besondere Umstände hinzutreten, vor allem wenn der Gemeingebrauch anderer beeinträchtigt wird oder werden kann oder wenn die Zufahrt aus anderen Gründen keinen Gemeingebrauch mehr darstellt, kann eine Sondernutzung vorliegen⁶⁾. Sonach enthält Art. 19 Abs. 1 StrWG keine Fiktion, sondern die - freilich unwiderlegliche - Vermutung, daß eine Zufahrt außerhalb der geschlossenen Ortslage den Gemeingebrauch beeinträchtigt.

1) In Sieder-Zeitler Art. 19 RdNr. 10.

2) So die Amtliche Begründung zu Art. 19 Abs. 1 StrWG, Beilage 2832 S. 29.

3) Sieder-Zeitler Art. 19 RdNr. 10.

4) Kodal, Straßenrecht, S. 49, Marschall, FStrG, § 8 Anm. 5 (S. 309).

5) Vgl. hierzu Sieder-Zeitler Art. 14 RdNr. 17. Von der Mitwirkung des Anliegers bei der Straßenherstellung war bereits oben (S.107f.) die Rede.

6) Ebenso Kodal, Der "gesteigerte Gemeingebrauch", DÖV 1960/444, 447.

Auf Zufahrten i n n e r h a l b der geschlossenen Ortslage ist Art. 19 Abs. 1 StrWG nicht anwendbar. Dort bemißt sich die Frage, ob eine Zufahrt dem Gemeingebrauch zuzurechnen oder Sondernutzung ist, nach den allgemeinen Regeln. Sie wird danach vom Gemeingebrauch erfaßt, wenn es sich um eine schlichte Zufahrt handelt. Sind dagegen bauliche Änderungen an der Straße erforderlich, z. B. Grabenüberbrückungen, Befestigung der Seitenteile, Anlegung von Rampen etc., so ist die Zufahrt Sondernutzung¹⁾.

Die Unterscheidung in Zufahrten außerhalb und innerhalb der geschlossenen Ortslage erscheint rechtlich nicht zwingend geboten, da eine Zufahrt innerhalb der geschlossenen Ortslage im Einzelfall mindestens ebenso hinderlich und gefährlich sein kann wie auf freier Strecke; man denke z. B. an die Werkszufahrt an einer Großstadtstraße, die laufend von schweren Lastkraftwagen benutzt wird.

2.) Öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Charakter der Sondernutzung.

Soweit sich die Zufahrt als Gemeingebrauch darstellt, ist sie als solcher eine Nutzung öffentlichrechtlicher Art. Auch dann, wenn die Zufahrt als Sondernutzung g i l t , kann es sich nur um eine öffentlichrechtliche Nutzungsform handeln. Die von Art. 19 Abs. 1 StrWG unterstellte Gemeenschädlichkeit schließt die Anwendung bürgerlichen Rechts aus²⁾.

Soweit t a t s ä c h l i c h eine Sondernutzung vorliegt, weil die Zufahrt über den Gemeingebrauch hinausgeht, richtet sich ihre Rechtsnatur nach ihrer Gemeinverträglichkeit. Ist sie gemeinverträglich, so ist sie eine bürgerlichrechtliche, im anderen Fall eine öffentlichrechtliche Sondernutzung. Die

1) Ebenso BayVGh, Urteil vom 20. 4. 1927, VGHE 48/50, 51.

2) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 19 RdNr. 2.

Erlaubnisbehörde hat bei einer Zufahrt innerhalb der geschlossenen Ortslage im Einzelfall zu prüfen, ob die Zufahrt den Gemeingebrauch beeinträchtigen kann. Hier wird die schwierige Prüfung der Gemeinverträglichkeit nicht durch eine unwiderlegliche Vermutung erleichtert.

Dagegen treten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht auf, wenn man die Funktionsbezogenheit der Zufahrt als Abgrenzungsmerkmal verwendet. Die Zufahrt zum Anliegergrundstück setzt die Existenz einer öffentlichen Straße zwingend voraus; sie unterscheidet sich von jedem anderen Zugang oder Notweg zu privaten Grundstücken dadurch, daß sie das Grundstück mit einem öffentlichen Weg verbindet. Sie hat daher zu diesem eine positive Funktionsbezogenheit. Aus dieser Funktionsbezogenheit folgt nach den im vierten Kapitel des ersten Hauptteiles dargestellten Grundsätzen, daß die Zufahrt zu einem öffentlichen Weg stets eine Nutzung öffentlichrechtlicher Art ist. Fragen der Gemeinverträglichkeit als negativer Funktionsbezogenheit tauchen nicht mehr auf.

II. Das "Recht" auf Zufahrt.

Grundsätzlich besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß ein Grundstück einen Zugang haben muß und daß der bestehende Zugang nicht mehr oder nur unter gewissen Voraussetzungen beseitigt werden kann. Die rechtlichen Begründungen für dieses "Recht" auf Zufahrt sind dagegen sehr verschieden.

1.) Die Regelung des StrWG.

Nach Art. 17 StrWG hat der Anlieger keinen Anspruch auf Erhaltung der Zufahrt. Ihm wird bei Entzug der Zufahrt nur ein Anspruch auf "billigen Ausgleich"¹⁾ gewährt.

1) So Art. 17 Abs. 2 StrWG.

Diese Regelung folgt den von der Rechtsprechung¹⁾ entwickelten allgemeinen wegerechtlichen Grundsätzen²⁾, die insoweit für Gemeingebrauch und Sondernutzung gelten:

Soweit die Zufahrt Gemeingebrauch ist, gilt wie bei jeder Art gemeingebrauchlicher Straßennutzung, daß ein Anspruch auf e r s t m a l i g e E i n r ä u m u n g des Gemeingebrauches durch Herstellung einer Straße oder eines Straßenteiles nicht besteht. Ferner ist gemäß Art. 14 Abs. 3 StrWG kein Anspruch auf E r h a l t u n g des Gemeingebrauches, mithin auch nicht auf Erhaltung einer Zufahrt, anzuerkennen. Eine abweichende Sonderregelung enthält das StrWG nicht; Art. 17 Abs. 2 läßt vielmehr die Entziehung einer Zufahrt ausdrücklich zu.

Gleiches gilt, soweit die Zufahrt echte Sondernutzung ist oder als solche zu behandeln ist: auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht kein Rechtsanspruch³⁾. Der Anlieger hat lediglich einen Anspruch auf Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen.

2.) Das Recht auf Zufahrt aus dem Anliegerrechtsverhältnis.

Diese von der Rechtssprechung herausgearbeiteten Grundsätze werden den Belangen der Anlieger nicht voll gerecht. Gewichtige Stimmen in Literatur⁴⁾ und Rechtsprechung⁵⁾

-
- 1) Siehe die eingehende Darstellung bei Sieder-Zeitler Art. 17 RdNr. 6 bis 9.
 - 2) Art. 17 StrWG stellt die Fortsetzung des früheren Rechtszustandes dar; vgl. Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/154 ff. = Gewerbearchiv 1959/49, 51.
 - 3) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 18 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.
 - 4) Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, Bd. 1 S. 122 ff., v. Dassel, Das Wegegelande und sein Recht, FfZschr 76/1, 32 ff., Scheuner, Neuordnung, S. 731, Wolff, Lehrbuch I, S. 402 f., Kodal, Straßenrecht, S. 32 ff., Marschall, FStrG, § 8 Anm. 8 (S. 327), Salzwedel, Besonderes

versuchen daher, für den Anlieger aus dem öffentlichrechtlichen Verhältnis, das zwischen ihm und dem Straßenbaulastträger besteht, einen Rechtsanspruch auf Belassung des Zuganges zum Grundstück herzuleiten¹⁾. Rechtsgrundlage hierfür sind die "Anliegerrechte"²⁾. "Unter der Bezeichnung 'Anliegerrechte' werden diejenigen Rechtsbeziehungen zusammengefaßt, die sich aus der Nachbarschaft der Anliegergrundstücke mit den im Gemeingebrauch stehenden Wegegrundstücken ergeben"³⁾. Sie gewähren dem Anlieger "ein volles subjektives öffentliches Recht auf Erhaltung des Zuganges von und zur Straße"⁴⁾. Sie fußen auf der Überlegung, daß sich die Zweckbestimmung des öffentlichen Weges nicht in der Benutzung zum Gemeingebrauch und zu gewissen Sondernutzungen erschöpft, sondern daß der Weg auch und gerade die Funktion hat, den Verkehr zwischen den Anliegergrundstücken und der Außenwelt zu vermitteln⁵⁾⁶⁾. Die Straße zu diesem Zweck zu benutzen, steht in erster Linie dem Anlieger zu.

-
- 4) Verwaltungsrecht, S. 440, Ring, Der öffentliche Weg, S. 125 und Callsen, Die Regelung des Gemeingebrauches im Bayerischen Straßen- und Wegesetz, Der Münzautomat 1959/77 ff. = Gewerbe-archiv 1960/177, 179 bis 180.
- 5) Vgl. beispielsweise die Urteile des Sächsischen OVG in den Jahrbüchern des Sächsischen OVG Bd. 5/115, Bd. 12/197, Bd. 36/31 und Bd. 40/16 und 336, die Beschlüsse des VGH Bremen vom 11. 5. 1956 (DOV 1956/542) und des BVerwG vom 20. 12. 1960 (DVBl. 1961/247), sowie das Urteil des BGH vom 22. 12. 1952 (BGHZ 8/273, 275).
- 1) Auch die Entschädigungsregelung des Art. 17 Abs. 2 StrWG zeigt, daß dem Anlieger eine stärkere Rechtsposition eingeräumt ist als den anderen Straßenbenutzern; denn diese haben im Gegensatz zum Anlieger keinen Anspruch auf Entschädigung bei Entzug ihrer Nutzungsberechtigung.
- 2) Nau, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, S. 26 Fußnote 96, Salzwedel, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 440, der sie als "unmittelbar durch Gesetz eingeräumte Sondernutzungen" bezeichnet (aaO S. 441).
- 3) Nau aaO.
- 4) So Wolff, Lehrbuch I, S. 402, Nau aaO S. 85 im Anschluß an die Entscheidungen des RG vom 7. 3. 1882 (RGZ 7/213), vom 13. 2. 1883 (RGZ 10/271), vom 28. 3. 1896 (RGZ 37/252), vom 18. 4. 1899 (RGZ 44/282), vom 2. 12. 1908 (RGZ 70/77) und vom 13. 7. 1934 (RGZ 145/107); vgl. auch OVG Koblenz, Beschluß vom 18. 1. 1955 (DOV 1955/510).
- 5) Ebenso im Ergebnis RG, Urteil vom 28. 3. 1896, aaO, ferner Sieder-Zeitler Art. 17 RdNr. 2 und Art. 14 RdNr. 17, Germershausen-Seydel Bd. 1 S. 122.

Zu berücksichtigen ist ferner folgender wichtiger Gesichtspunkt, den vor allem das Sächsische OVG¹⁾, v. Dassel²⁾ und Callsen³⁾ herausgearbeitet haben. Callsen⁴⁾ führt zutreffend aus, die Rechtsbeziehungen des Anliegers zum Straßeneigentümer unterschieden sich von denen des normalen Straßenbenutzers dadurch, daß der Wegeeigentümer dem gewöhnlichen Benutzer gegenüber der einseitig Gebende sei. Man müsse deshalb dem Straßeneigentümer auch das Recht zugestehen, selbst zu bestimmen, in welchem Umfange die Benutzung erfolgen dürfe. Dagegen stelle sich die Rechtsbeziehung des Anliegers zum Wegeeigentümer ganz anders dar. Der Anlieger müsse den für die Straße erforderlichen Boden zur Verfügung stellen, er werde durch Anliegerbeiträge mit Straßenbaukosten belastet und habe für die Sauberhaltung der Straße zu sorgen. In der Regel sei er auch verpflichtet, im Winter den Schnee auf der Gehbahn zu beseitigen und bei Glätte zu streuen. Wenn auf einem glatten Bürgersteig jemand stürze und sich verletze, so treffe den Anlieger die Haftpflicht. Es sei also keineswegs so, daß dem Anlieger eines Tages durch einen begünstigenden Verwaltungsakt eine Straße und das Recht ihrer Benutzung beschert werde⁵⁾. All diese Verpflichtungen des Anliegers könne man nicht mit der Gemeinschaftsgebundenheit des Eigentums begründen. Aus diesen Leistungen und Verpflichtungen ergäben sich vielmehr erhöhte Rechte des Anliegers an der Nutzung der Straße⁶⁾.

6) Da nahezu jedes Grundstück an einen öffentlichen Weg angeschlossen ist, ist Verkehr so betrachtet nichts anderes als die Summe des zwischen verschiedenen Anliegergrundstücken stattfindenden Personen- und Sachenaustausches.

1) Entscheidungen vom 8. 11. 1935 (Jahrbücher des Sächsischen OVG Bd. 40/16) und vom 22. 5. 1937 (Jahrbücher Bd. 40/336).

2) Das Wegegelande und sein Recht, FfZschr 76/1, 32 ff.

3) Die Regelung des Gemeingebrauches im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Der Münzautomat 1959/77 ff. = Gewerbearchiv 1960/177 ff.

4) AaO S. 79.

5) Callsen aaO.

6) Callsen aaO.

Auch das OVG Dresden weist in der Entscheidung vom 22. 5. 1937¹⁾ auf die Mitwirkungspflichten des Anliegers bei der Herstellung und Unterhaltung des Weges, auf seine gebende Rolle, hin²⁾. Wie wir oben³⁾ gesehen haben, trägt der Anlieger überwiegend die wirtschaftliche Last der Straßenherstellung. Die hierin steckende finanzielle Leistung erbringt er gerade im Hinblick auf den Erwerb einer Zufahrt⁴⁾. Aus diesem Umstand und der Tatsache, daß der Anlieger andererseits von der Straße einen besonders gearteten Gebrauch macht, ergeben sich für den Anlieger, aber auch für die Wegebehörde beiderseitige rechtliche Bindungen⁵⁾. Das OVG Dresden weist weiterhin auf die Verpflichtung des Anliegers, gewisse notwendige und geringfügige Einwirkungen auf seinem Grundstück zu dulden, hin⁶⁾ und führt aus, solchen Verpflichtungen entspreche es, daß auch die Verwaltung dem Anlieger im Gebrauch seinem Grundstückes nur insoweit entgegenzutreten dürfe, als es die Rücksicht auf den Verkehr und den Bestand des Weges oder die Berücksichtigung sonstiger Gemeinschaftsbelange erfordere. Wenn auch daran festzuhalten sei, daß die Verwaltung allein über den Wegeraum zu verfügen habe und es deshalb grundsätzlich in ihrem Ermessen liege, ob sie einen über den Gemeingebrauch hinausgehenden Sondergebrauch einzelner zulassen wolle, so mache hiervon der oben dargelegte besonders geartete Gebrauch des Anliegers eine Ausnahme. Insoweit sei die Verwaltung an die sich aus der Bestimmung und dem Wesen des öffentlichen Weges ergebende natürliche Ordnung rechtlich gebunden⁷⁾.

1) AaO S. 339.

2) Vgl. hierzu auch v. Eisenhart-Rothe, Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Straßen- und Wegerechts, BB 1959/1192, 1195 und v. Dassel aaO S. 32.

3) S. 107 ff.

4) Ebenso schon Loebell, Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruchot 41/1, 18 bis 19 und v. Dassel aaO.

5) So das Sächsische OVG aaO S. 336.

6) AaO S. 340.

7) Sächsisches OVG aaO.

Diesen Gesichtspunkten trägt Art. 17 StrWG nicht in genügendem Maße Rechnung; er berücksichtigt die erheblichen wirtschaftlichen Leistungen des Anliegers nur unzureichend. Der Mangel dieser Bestimmung, die dem Anlieger bei Entzug der Zufahrt keinen Anspruch auf Schaffung einer Ersatzzufahrt gewährt¹⁾, sondern ihn auf einen bloßen Entschädigungsanspruch verweist, kann im Einzelfall zu unbilligen Härten führen²⁾. Man denke z.B. an den Fall, daß den Anwohnern einer die Bahnlinie schienengleich kreuzenden Straße durch deren Unterführung unter die Geleise der Zugang zu ihren Häusern genommen wird, weil kein Platz für die Überwindung des Höhenunterschiedes mehr vorhanden ist. Den Anliegern muß eine Ersatzzufahrt geschaffen werden, da andernfalls ihre Grundstücke wertlos würden. Es kann ihnen nicht zugemutet werden, mit den Hinterliegern über die Einräumung von Notwegrechten zu verhandeln, um über deren Grundstücke zu ihren Anwesen zu gelangen. Vielmehr hat diese Aufgabe derjenige zu erfüllen, der den Zugang abgeschnitten hat. Er hat aufgrund des besonders engen Rechtsverhältnisses zu den Anliegern auch die Kosten hierfür zu tragen.

Nach alledem sollte dem Anlieger de lege ferenda bei Entzug der Zufahrt ein Anspruch auf Herstellung einer Ersatzzufahrt zuerkannt werden. Dieser Anspruch wäre öffentlichrechtlicher Natur, weil er dem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Anlieger und Straßenbaulastträger entspringt.

-
- 1) Anders nach § 8 Abs. 4 a FStrG, der den Baulastträger verpflichtet, eine Ersatzzufahrt zu schaffen und nur für den Fall, daß dies nicht möglich ist, einen Geldersatz vorsieht; vgl. Marschall, FStrG, § 8 Anm. 5 (S. 312). Der bundesrechtlichen Regelung entsprechen § 16 Abs. 2 NdsStrG, § 39 Abs. 2 RPLStrG, § 25 SHStrWG und wohl auch § 20 Abs. 5 Satz 1 SaarldStrG.
 - 2) Das gilt in besonderem Maße für bebaute Grundstücke, jedoch ist nicht nur bei ihnen ein Anspruch auf Erhaltung der Zufahrt anzuerkennen. Bei unbebauten Grundstücken werden lediglich geringere Anforderungen an den baulichen Zustand der Verbindung zur Straße zu stellen sein. Der gegenteiligen Ansicht v. Dassels (aaO S. 32 ff.) kann nicht gefolgt werden.

3.) Umfang des Rechts auf Zufahrt.

Über den Umfang dieses Rechts herrscht in der Literatur im wesentlichen Einigkeit. Es würde nicht den Anspruch darauf beinhalten, daß der Weg für alle Zeiten so bleibt, wie er zu Anfang war¹⁾. Der Baulastträger wäre berechtigt, den Weg zu verändern oder gar zu verlegen oder einzuziehen, wenn nur dem Anlieger die Möglichkeit verbliebe, durch einen geeigneten Ersatzweg ohne wesentliche Erschwerung mit dem öffentlichen Verkehrsnetz verbunden zu sein²⁾. Nicht die Zufahrt als bestimmte bauliche Anlage, sondern als Mittel der Verbindung des Anliegergrundstückes mit der öffentlichen Straße, mithin die Zufahrt im funktionellen Sinne, wäre Inhalt dieses Rechts des Anliegers. Eine Kollision mit den Erfordernissen des allgemeinen Verkehrs wäre nicht zu befürchten, da einerseits eine störende Zufahrt beseitigt werden könnte, andererseits jedoch dem Anlieger in jedem Falle die Verbindung mit dem öffentlichen Verkehrsnetz bliebe.

4.) Das Recht auf Zufahrt nach bürgerlichem Recht.

Manche Autoren und die frühere Rechtsprechung des preußischen Obertribunals und des Reichsgerichts zu Beginn seiner Tätigkeit³⁾ erkennen dem Anlieger ein Recht auf Erhaltung der Zufahrt aus privatrechtlichen Gesichtspunkten zu. Loebell⁴⁾ leitet es noch aus einer gesetzlichen Dienstbarkeit her, Forsthoff⁵⁾, Dorn⁶⁾, Bochalli⁷⁾ und Hardinghaus⁸⁾ verweisen auf die nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB. "Der Anlieger hat ein privates Recht auf Erhaltung des Zuganges von und zur Straße zu Fuß und zu Wagen"⁹⁾.

1) Marschall, FStrG, § 2 Anm. 5 (S. 58), Nau aaO S. 85, Bochalli, Handbuch, S. 569.

2) Marschall aaO, Bochalli aaO.

3) Vgl. zu dieser Rechtsprechung vor allem Germershausen-Seydel Bd. I S. 116 ff.

4) Die Rechte der Anlieger an städtischen Straßen im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, Gruchot 41/1, 8 und 17 bis 18.

5) Lehrbuch I S. 375.

6) Die Wegestreitigkeiten in Bayern, BayVB1. 1932/137.

7) Handbuch S. 569, anders jedoch ders., Fortbildung, DVBl. 1956/181, 183.

Die Versuche, für den Anlieger aus dem besonders gearteten Verhältnis zwischen ihm und dem Straßeneigentümer Dienstbarkeiten oder ähnliche bürgerlichrechtliche Positionen herzuleiten, müssen heute als dogmatisch überholt angesehen werden. Richtig ist dagegen die Erkenntnis, daß der Wegeeigentümer - abgesehen von der Beschränkung durch die öffentliche Zweckbestimmung der Straße - einem sonstigen privaten Grundeigentümer gleichzusetzen ist. Anlieger und Wegeeigentümer sind bürgerlichrechtlich gesehen Nachbarn. Als solche unterliegen sie grundsätzlich den nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB¹⁾, wobei hier insbesondere auf das Notwegerecht nach § 917 BGB²⁾ zu verweisen ist. Gemäß § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Grundstückseigentümer, dessen Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, von seinem Nachbarn verlangen, daß er bis zur Behebung des Mangels die Benutzung seines Grundstückes zur Herstellung der erforderlichen Verbindung duldet. Der Anlieger hat also im Gegensatz zur öffentlichrechtlichen Regelung einen Rechtsanspruch auf Gestattung eines Zuges.

Was das Verhältnis zwischen dem öffentlichrechtlichen Anliegerrecht und dem bürgerlichen Nachbarrecht betrifft, so ist auch hier von der Priorität öffentlichrechtlicher Normen auszugehen. Privates Nachbarrecht ist daher unanwendbar, soweit das StrWG Zufahrten öffentlichrechtlich regelt. Das trifft zu für Zufahrten, die Gemeingebrauch sind, aber auch für solche Zufahrten, die eine öffentlichrechtliche Sondernutzung darstellen oder gemäß Art. 19 Abs. 1 StrWG als solche zu behandeln sind. Wenn dagegen eine Zufahrt eine bürgerlichrechtliche Sondernutzung nach Art. 22 Abs. 1 StrWG ist, gilt privates Nachbarrecht³⁾. Hier steht dem Anlieger

8) Sachherrschaft S. 29.

9) Bochalli aaO.

1) Forsthoff aaO.

2) Vgl. hierzu Hardinghaus aaO.

3) Art. 31 GG steht nicht entgegen, da das Recht der Zufahrt nach Landesrecht und das bundesrechtliche Notwegerecht des BGB nicht denselben Gegenstand im Sinne dieser Vorschrift betreffen. Das Nachbarrecht des BGB regelt die Rechtsstellung des

gemäß § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Recht auf Zufahrt zu. Seine Rechtsstellung ist insoweit stärker als bei einer gemeingebräuchlichen Zufahrt; denn auf die Einräumung und Erhaltung des Gemeingebrauches besteht kein Rechtsanspruch. Dieser unterschiedlichen Rechtsfolge fehlt die innere Berechtigung; in erster Linie sollte die gemeingebräuchliche Zufahrt geschützt werden.

Freilich gewinnt das Recht aus § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Zufahrten in praxi nur selten Bedeutung, weil in aller Regel eine Zufahrt nur dann beseitigt wird, wenn sie den Gemeingebrauch stört, mithin, wenn sie sich bereits in eine öffentlichrechtliche Sondernutzung umgewandelt hat und bürgerliches Recht nicht mehr anwendbar ist.

Beurteilt man Zufahrten nach ihrer positiven Funktionsbezogenheit zur Straße, so gilt in allen Fällen ausschließlich öffentliches Recht; Unterschiede in der Rechtsstellung des Anliegers werden vermieden.

Wird der Weg eingezogen, so verliert er seinen bisher dominierenden öffentlichrechtlichen Charakter. Die Wegefläche ist dann wie jede Grundstücksfläche im Eigentum eines Privatmannes zu behandeln. Der Anlieger hat dann einen Anspruch auf Einräumung eines Notwegerechts nach den Vorschriften des BGB.

3) Grundeigentümers im Verhältnis zu seinen nicht mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteten Nachbarn, das Wegerecht aber das Nachbarrechtsverhältnis zu einem Hoheitsträger, der die Belange der Allgemeinheit zu schützen hat. Dieses Verhältnis wird von der bundesrechtlichen Regelung nicht erfaßt. Daher ist insoweit Raum für eine landesrechtliche Normierung. Ebenso im Ergebnis Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Gewerbearchiv 1959/49, 51 = Der Münzautomat 1959/154 ff.

F ü n f t e s K a p i t e l

DIE SONSTIGEN ÖFFENTLICHEN STRASSEN.

Das Gesetz klammert die sonstigen öffentlichen Straßen von der allgemeinen Regelung aus und unterwirft sie weitgehend Sondervorschriften. Inwieweit diese Sonderregelung aus dem Wesen der sonstigen öffentlichen Straße heraus gerechtfertigt ist, soll hier für die Bereiche untersucht werden, die Auswirkungen auf das Recht der Sondernutzungen an diesen Straßen zeigen.

I. Der Begriff der sonstigen öffentlichen Straße.

Sonstige öffentliche Straßen sind nach Art. 53 StrWG

- a) die öffentlichen Feld- und Waldwege; das sind Straßen, die der Bewirtschaftung von Feld- und Waldgrundstücken dienen,
- b) die beschränkt-öffentlichen Wege; das sind Straßen, die einem beschränkten öffentlichen Verkehr dienen,
- c) die Eigentümerwege; das sind Straßen, die von den Grundstückseigentümern in unwiderruflicher Weise einem beschränkten oder unbeschränkten öffentlichen Verkehr zur Verfügung gestellt werden und keiner anderen Straßenklasse angehören¹⁾.

Gemeinsames Kennzeichen dieser Straßen ist ihre geringe Verkehrsbedeutung. Sie stehen der Bedeutung nach unter allen öffentlichen Straßen am Ende und schließen zugleich das System der öffentlichen Straßen nach unten ab²⁾.

-
- 1) Eine bemerkenswerte Besonderheit der Eigentümerwege ist, daß für den Gemeingebrauch an ihnen ohne besondere gesetzliche Ermächtigung ein Entgelt, die Wegemaut, verlangt werden kann (Art. 55 Abs. 1 Satz 3 StrWG). Die Maut knüpft an den Gemeingebrauch an, ist daher öffentlich-rechtlicher Natur und stellt eine Benutzungsgebühr dar.
 - 2) So Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 3, BayVGh, Urteil vom 27. 5. 1964 (BayVBl. 1964/297).

Ferner ist den sonstigen öffentlichen Straßen gemeinsam - und darin heben sie sich von den anderen Straßenklassen ab - , daß sie zwar auch dem allgemeinen Verkehr dienen, jedoch nicht in erster Linie. Sie unterliegen einer *b e s o n - d e r e n* Zweckbestimmung, die sich im Einzelfall aus den Vorschriften des Art. 53 StrWG ergibt¹⁾.

Die Wirtschaftswege, die durch eine Gemeinde, einen Gemeindeverband oder eine Teilnehmergeinschaft nach dem Flurbe-
reinigungsgesetz²⁾ erstellt und unterhalten werden, bilden keine eigene Straßenklasse. "Wirtschaftsweg" ist ein wirtschaftlich-technischer und haushaltsmäßiger, kein wegerechtlicher Begriff³⁾. Ein Wirtschaftsweg ist je nach seiner Bedeutung einer der im Gesetz erschöpfend aufgezählten Straßenklassen zuzurechnen⁴⁾. In der Regel wird es sich um einen öffentlichen Feld- und Waldweg handeln⁵⁾; denn er dient in besonderem Maße der Zufahrt zu landwirtschaftlich genutzten Grundstücken.

II. Die Rechtsverhältnisse an sonstigen öffentlichen Straßen.

1.) Die sonstigen öffentlichen Straßen als öffentliche Straßen.

Bei der Untersuchung ihrer rechtlichen Sonderstellung ist zunächst als wesentlich hervorzuheben, daß die sonstigen öffentlichen Straßen ebenfalls öffentliche Straßen sind, die diese Rechtsnatur durch Widmung erlangt haben⁶⁾. Das ist nahezu unstreitig für die

1) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 2, Zimniok Art. 53 Anm. 1 c.

2) Vom 14. 7. 1953 (BGBl. I S. 591).

3) Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 5, ebenso Groebe, Das erste Landesstraßengesetz, DVBl. 1959/48, 53 und Zimniok, Das neue Straßen- und Wegegesetz, BayBgm 1958/217, 219.

4) Ebenso Sieder-Zeitler aaO, Zimniok, Art. 53 Anm. 11 b); a. A. Groebe, Öffentliches Sachenrecht im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVB1. 1959/181, 186.

5) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 12.

6) Ebenso Zimniok Art. 56 Anm. 6.

öffentlichen Feld- und Waldwege sowie für die beschränkt-öffentlichen Wege¹⁾. Dasselbe muß, obwohl der Wortlaut des Art. 53 Buchstabe c) dagegen zu sprechen scheint, auch für die Eigentümerwege gelten, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes²⁾ entstanden sind. Das folgt aus Art. 6 Abs. 1 StrWG, nach dem die Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße nur durch die Widmung erhalten kann.

Ebenso werden die bei Inkrafttreten des StrWG bereits bestehenden unwiderruflichen tatsächlich-öffentlichen Wege, die den jetzigen Eigentümerwegen entsprechen, erst durch die Widmung zu rechtlich öffentlichen Wegen. Nach der Rechtslage vor der Kodifizierung des Wegerechts waren sie nicht durch den Träger der Straßenbaulast gewidmet. Ihre (nur tatsächliche) Öffentlichkeit ergab sich daraus, daß der Eigentümer auf der Wegefläche ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln einen allgemeinen oder begrenzten Verkehr eröffnet und geduldet und gleichzeitig auf das Recht zum Widerruf dieser Duldung verzichtet hatte³⁾.

Sieder⁴⁾, Zeitler⁵⁾ und Zimniok⁶⁾ vertreten die Auffassung, die früheren unwiderruflichen tatsächlich-öffentlichen Wege seien mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ipso iure zu Eigentümerwegen, also zu rechtlich öffentlichen Wegen, geworden; eines gesonderten

-
- 1) Der Ansicht Bochallis, Fortbildung, DVBl. 1956/181, 182, die öffentlichen Feld- und Waldwege seien weder öffentliche noch private Wege, sondern stünden in rechtlicher Hinsicht in der Mitte zwischen beiden, kann für das bayerische Recht nicht gefolgt werden. Auch die Auffassung Groebes aaO, die Öffentlichkeit eines Feld- und Waldweges hänge von der Zahl der Anlieger ab, dürfte nicht aufrechtzuerhalten sein.
 - 2) Nach Art. 80 StrWG ist das Gesetz am 1. 9. 1958 in Kraft getreten.
 - 3) Vgl. die Entscheidungen des VGH vom 15. 3. 1951 (VGHE n. F. 4/19, 26), des OLG München vom 3. 2. 1938 (Reger-Oeschey 58/201) und des BayObLG vom 19. 12. 1908 (BayObLGStr 9/133, 136), vom 2. 7. 1912 (BayObLGStr 12/273, 284 - 285), vom 4. 11. 1913 (BayObLGStr 13/427, 436), vom 7. 11. 1921 (BayObLGStr 21/316, 318) und vom 22. 2. 1934 (BayObLGStr 34/51, 53 = JW 1934/1673).
 - 4) In Sieder-Zeitler Art. 67 RdNr. 14.
 - 5) In Sieder-Zeitler Art. 53 RdNr. 38.
 - 6) Bei Art. 53 Anm. 9 b.

Widmungsaktes habe es hierzu nicht mehr bedurft¹⁾. Diese Meinung kann nicht geteilt werden. Vielmehr ergibt sich aus Art. 67 Abs. 4 StrWG das Gegenteil. Danach gilt die Widmung eines Weges als verfügt, wenn seine Eintragung in das nach Art. 67 Abs. 3 anzulegende Bestandsverzeichnis unanfechtbar geworden ist. Diese Bestimmung hat nur für solche Straßen einen Sinn, die nicht bereits vorher, d. h. vor Inkrafttreten des Gesetzes oder in der Zeit nachher bis zur Unanfechtbarkeit ihrer Eintragung ins Bestandsverzeichnis, als öffentliche Straßen gewidmet worden waren. Zu diesen Straßen gehören die früheren unwiderruflichen tatsächlich-öffentlichen Wege. Erst mit der Eintragung ins Bestandsverzeichnis sind sie als gewidmet anzusehen²⁾.

Entgegen der Meinung Zeitlers³⁾ folgt aus dem Fehlen einer Übergangsbestimmung für diese Wege nicht, daß sie mit dem Inkrafttreten des Gesetzes automatisch zu Eigentümerwegen wurden. Eine ausdrückliche Übergangsregelung fehlt deshalb, weil das bayerische Wegerecht die Straßenklasse der Eigentümerwege - gleiches gilt für die beschränkt-öffentlichen Wege - bisher als eine Kategorie öffentlicher Straßen nicht kannte⁴⁾. Der Gesetzgeber wollte diese Straßen, die zwar einem öffentlichen Verkehr zugänglich waren, jedoch noch nicht dem öffentlichen Recht unterstanden, entsprechend ihrem öffentlichen Charakter nunmehr auch dem öffentlichen Recht zuordnen, um klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Dafür dient das Bestandsverzeichnis⁵⁾, das künftig

1) Zum folgenden eingehend Thiersch, Eigentümerweg, S. 69 ff.

2) Ebenso Zippelius, Grundfragen, DOV 1958/838, 849.

3) AaO, ebenso Zimniok aaO.

4) Art. 28 und 29 der BayGO vom 17. 10. 1927 (GVBl. S. 293), die bis zum Inkrafttreten des StrWG nach Art. 122 Abs. 2 BayGO 1952 fortgalten, kannten unterhalb der Staats- und Kreisstraßen andere Straßenklassen außer den Gemeindewegen, den Ortsstraßen und den öffentlichen Feld- und Waldwegen nicht; vgl. Sieder-Zeitler Art. 67 RdNr. 15.

5) So die Amtliche Begründung zu Art. 68 des Entwurfes (Art. 67 des Gesetzes), Beilage 2832 S. 49

öffentliche Straßen von Privatwegen scharf trennt. Art. 67 Abs. 4 ist daher gewissermaßen als Überleitungsbestimmung für die früheren unwiderruflichen tatsächlich-öffentlichen Wege anzusehen. Die Aufnahme in das Bestandsverzeichnis hat für diese Straßen nicht nur deklaratorische Bedeutung wie bei den bereits bisher öffentlichen Straßen, sondern eine quasi-konstitutive Wirkung¹⁾. Nunmehr kann nicht mehr geltend gemacht werden, daß der Weg kein öffentlicher sei. Nicht vorausgesetzt ist, daß der in das Bestandsverzeichnis aufgenommene Weg auch vorher schon ein rechtlich öffentlicher war²⁾, wenn er nur in unwiderruflicher Weise dem öffentlichen Verkehr tatsächlich zugänglich war³⁾.

All das steht der Auffassung Zeitlers entgegen. Die Eigentümerwege sind nicht kraft Gesetzes öffentliche Straßen geworden, sondern durch die Eintragung ins Bestandsverzeichnis⁴⁾.

2.) Das Eigentum an sonstigen öffentlichen Straßen.

Bis zur Neufassung des StrWG durch das 2. StrWändG vom 24. 4. 1968 galt Art. 11 StrWG, der kraft Gesetzes den Eigentumsübergang auf den Straßenbaulastträger verankert, für

1) Ebenso die Amtliche Begründung zu Art. 3 Abs. 3 StrWG (Beilage 2832 S. 21), wo ausgeführt ist, daß hinsichtlich der Überleitung auf die neue Rechtslage den Verzeichnissen eine über den bloßen Beweiswert hinausgehende Bedeutung beigelegt werden müsse; ferner Anders, Rechtsgestaltende Wirkung der Anlegung der Wegebestandsverzeichnisse, BayVBl. 1963/173 und Thiersch, Eigentümerweg, S. 70 ff. Das ergibt sich auch aus Art. 67 Abs. 5 StrWG. Danach gilt eine in das Bestandsverzeichnis nicht aufgenommene Straße unabhängig von ihrer bisherigen Rechtsnatur nicht als öffentliche Straße; vgl. Meisner-Ring, Nachbarrecht in Bayern, S. 439 und Sieder-Zeitler, Bestandsverzeichnis, S. 19. Wie hier auch Heitzer, Über die Eintragung eines Weges in das Bestandsverzeichnis, BayBgm 1963/241 bis 242 und Schmitt, Die Eintragung von Eigentümerwegen in das Bestandsverzeichnis, BayVBl. 1967/50, 52.

2) A. A. Sieder-Zeitler aaO.

3) Das ergibt sich auch aus der Amtlichen Begründung zu Art. 68 Abs. 4 des Entwurfes (Beilage 2832 S. 49 bis 50), wo ausgeführt ist, bei den erstmals in die Bestandsverzeichnisse

diese Straßenklasse nicht. Bei den sonstigen öffentlichen Straßen mußten nicht wie bei den anderen Straßen bürgerlich-rechtliches Wegeeigentum und öffentlichrechtliche Wegeherrschaft in einer Hand vereinigt sein. Auch Art. 13 Abs. 1 StrWG, nach dem in den seltenen Fällen, in denen Wegeeigentümer und Baulastträger nicht identisch sind, von diesem die Rechte und Pflichten des Eigentümers in dem Umfange wahrgenommen werden, wie es die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauches erfordert, fand keine Anwendung. Nunmehr unterstehen dagegen die sonstigen öffentlichen Straßen auch insoweit den allgemeinen Regeln, so daß der öffentliche Wegeherr auch Wegeeigentümer ist oder zumindest die Rechte aus dem Wegeeigentum wahrnimmt¹⁾.

3.) Benutzungsverhältnisse an sonstigen öffentlichen Straßen.

Gemäß Art. 56 Abs. 1 StrWG richtet sich die Benutzung der sonstigen öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus ausschließlich nach bürgerlichem Recht²⁾. Diese Regelung widerspricht der Systematik des Sondernutzungsrechts im StrWG. Sie läßt auch in den Fällen, in denen die öffentliche Zweckbestimmung und die öffentlichen Belange der Gesamtheit der Straßenbenutzer berührt werden, Privatrechtsvereinbarungen nicht nur zu, sondern schreibt sie sogar vor.

Allerdings hängt auch hier die Gestattung von Sondernutzungen nicht mehr vom Willen des Wegeeigentümers ab; der öffentliche Wegeherr gestattet bürgerlichrechtliche Sondernutzungen nunmehr auch an sonstigen öffentlichen Straßen.

-
- 3) aufzunehmenden Straßen handle es sich um solche, die bereits bisher mindestens tatsächlich in unwiderruflicher Weise dem Verkehr dienten. Das "Bisher" kann sich nur auf die Zeit vor Aufnahme in das Bestandsverzeichnis beziehen.
 - 4) Ebenso Zippelius, Grundfragen, DOV 1958/838, 850, der dieses Ergebnis allerdings dem Art. 6 Abs. 2 Satz 2 StrWG a.F. entnimmt.
 - 1) "Die Praxis hat gezeigt, daß Art. 11 und 13 auch bei diesen Straßenklassen nicht zu entbehren sind". So die Amtliche Begründung zu § 1 Nr. 43 des 2. StrWAndG (6. Legislaturperiode Beilage 447 S. 19).

III. Kritik der gesetzlichen Regelung.

Nach der Amtlichen Begründung¹⁾ gibt diese Sonderregelung praktischen und rechtlichen Gesichtspunkten Raum. Man hat jedoch den Eindruck, daß keine rechtlichen, sondern nur praktische Gesichtspunkte maßgeblich waren; denn rechtliche Gründe, die die Abweichung von der klaren Systematik der Art. 18 und 22 Abs. 1 StrWG rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

1.) Die bürgerlichrechtliche Regelung des Benutzungsverhältnisses.

Da sonstige öffentliche Straßen öffentlichen Straßen mit allen sich hieraus ergebenden Konsequenzen sind, stehen sie dem Gemeingebrauch offen; eine Auswahl der zum Gemeingebrauch zugelassenen Personen nach subjektiven Merkmalen findet nicht statt²⁾. Die Tatsache, daß diese Wege überwiegend von einer bestimmten Personengruppe benutzt werden, rechtfertigt allein nicht ihre in Art. 56 Abs. 1 niedergelegte Sonderstellung; denn sie bleiben rechtlich jedermann zugänglich, sie unterliegen ebenso wie jede andere öffentliche Straße einer öffentlichen Zweckbestimmung. Auch die im Regelfalle geringere Verkehrsfrequenz erfordert aus rechtlichen Gründen keine abweichende Regelung. Sie kann in einzelnen Fällen auch auf anderen öffentlichen Straßen ebenso gering sein. Sie ist wesentlich für die Einstufung eines Weges in eine bestimmte Straßenklasse, ohne Bedeutung aber für die Frage, ob an einer öffentlichen Straße eine den

2) Gleiche Bestimmungen enthalten § 40 Abs. 2 HessStrG, § 55 Abs. 2 NdsStrG, § 51 Abs. 2 NRWStrG, § 46 Abs. 2 RPLStrG, § 55 Abs. 2 SaarländStrG und § 23 Abs. SHStrWG. Das BWStrG und die Wegegesetze der Stadtstaaten enthalten keine Sondervorschriften über sonstige öffentliche Straßen.

1) Amtliche Begründung zu Art. 57 Abs. 2 des Entwurfes, Beilage 2832 S. 46.

2) Ebenso Zippelius aaO S. 847.

Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigende Nutzung der behördlichen Erlaubnis bedarf oder nicht. Schließlich ist auch nicht auf die Zahl der zu erwartenden gemeinschädlichen Nutzungen abzustellen, sondern allein darauf, daß eine solche Beeinträchtigung bei einer konkreten Sondernutzung tatsächlich oder möglicherweise eintritt.

So verbleiben zur Motivierung dieser Regelung nur Zweckmäßigkeitserwägungen. Tatsächlich waren auch nur diese maßgeblich. Das zeigt die Amtliche Begründung¹⁾, nach der durch diese Regelung eine mit der geringeren Bedeutung der sonstigen öffentlichen Straßen im Einklang stehende Vereinfachung erzielt werden sollte. Wie für Art. 22 Abs. 2 StrWG²⁾ gilt aber auch hier das Wort Sterns³⁾, daß Ausnahmeregeln, die mit den Grundsätzen des Gesetzes im Widerspruch stehen, nur dann getroffen werden sollten, wenn die Natur der Sache eine Durchbrechung der allgemeinen Regel erfordere. Ein derartiges Erfordernis muß nach alledem verneint werden.

2.) Komplikationen bei der Aufstufung.

Schwierigkeiten aus dieser Regelung ergeben sich vor allem bei der Aufstufung einer sonstigen öffentlichen Straße in eine höhere Straßenklasse. Solange ein Weg zu den sonstigen öffentlichen Straßen zählt, kann an ihm ein Nutzungsrecht durch privatrechtliche Vereinbarung mit dem Wegeherrn eingeräumt werden, wobei die Frage der Gemeinverträglichkeit der Nutzung außer Betracht bleibt. Das Nutzungsrecht kann zeitlich unbegrenzt sein. Das Benutzungsentgelt stellt sich als bürgerlichrechtlicher Miet- oder Pachtzins dar.

1) Amtliche Begründung zu Art. 57 Abs. 1 des Entwurfes, Beilage 2832 S. 45.

2) Siehe hierüber oben S. 95.

3) Problematik, AöR 84/280.

Wird die Aufstufung einer sonstigen öffentlichen Straße in eine über den sonstigen öffentlichen Straßen bestehende Straßenklasse wegen Erhöhung der Verkehrsbedeutung notwendig, so folgt hieraus für die Nutzungsverhältnisse, daß sie künftig den **a l l g e m e i n e n** Vorschriften des Gesetzes, mithin auch Art. 18 StrWG, unterliegen. Ein Nutzungsrecht an der Straße ist daher nunmehr darauf zu untersuchen, ob es den Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigen kann oder nicht.

Die gemeinschädlichen Nutzungen, die gleichwohl durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung gestattet werden konnten, solange der Weg den Status einer sonstigen öffentlichen Straße hatte, bedürfen jetzt der Erlaubnis des Trägers der Straßenbaulast nach Art. 18 Abs. 1 StrWG. Die vormals bürgerlichrechtliche Nutzung hat sich in eine öffentlichrechtliche umgewandelt¹⁾; denn für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses ist nicht die zur Zeit seiner Entstehung, sondern die zur Zeit seiner Beurteilung geltende Rechtsauffassung maßgebend²⁾. Ferner wird der jetzige Träger der Straßenbaulast in der Regel nicht mehr identisch mit dem Baulastträger für die frühere sonstige öffentliche Straße sein.

Sehr problematisch sind die Auswirkungen dieser Umwandlung auf den Bestand des bürgerlichrechtlichen Nutzungsverhältnisses. Art. 18 Abs. 5 StrWG, der bestimmt, daß eine Sondernutzungserlaubnis beim Wechsel des Trägers der Straßenbaulast bestehen bleibt, bezieht sich nur auf Erlaubnisse nach Art. 18 Abs. 1, nicht jedoch auf bisher bürgerlichrechtliche Gestattungen. Er ist daher in diesen Fällen nicht anwendbar.

1) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 32.

2) So BGH, Urteil vom 18. 9. 1957 (DVBl. 1958/250, 252), RG, Urteil vom 10. 3. 1941 (RGZ 166/218, 227), OVG Berlin, Urteil vom 28. 3. 1957 (DVBl. 1958/253) mit zustimmender Anmerkung von Kalisch aaO S. 256; ebenso Spanner, Grenzen, S. 15.

Für die Lösung dieser Frage sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Identität von bisherigem und jetzigem Träger der Straßenbaulast.

aa) Die Nutzung ist gemeinschädlich.

Auf Grund des Art. 56 Abs. 1 StrWG war die Nutzung durch eine bürgerlichrechtliche Vereinbarung gestattet worden. Die Vereinbarung hatte dem Benutzer eine Rechtsposition eingeräumt, die nicht automatisch mit der Aufstufung verloren gehen kann; denn als privatrechtliche Vereinbarung unterlag sie ausschließlich der Gestaltungsautonomie der Beteiligten.

Auf der anderen Seite erfordert die nunmehrige Rechtslage an der aufgestuften Straße zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse eine öffentlichrechtliche Regelung der den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Nutzungsrechte. Der hierin liegende Interessenkonflikt kann befriedigend nur dadurch gelöst werden, daß zwar das Nutzungsrechtsverhältnis umgewandelt wird, aber nicht sofort, sondern erst in dem Zeitpunkt, in dem die privatrechtliche Nutzungsvereinbarung erstmals kündbar ist. Wenn Art. 69 Abs. 2 StrWG¹⁾ diese Rechtsfolge für die Fälle der Umwandlung auf Grund der mit der Kodifizierung des Wegerechts verbundenen unmittelbaren Rechtsänderung verankert, so muß dies auch dort gelten, wo in die Rechtsposition

1) Die Vorschrift lautet: "Für Sondernutzungen im Sinne des Art. 18 und 19, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes durch bürgerlichrechtliche Verträge vereinbart sind, gelten die Vorschriften über Sondernutzungen von dem Zeitpunkt an, zu dem die Verträge erstmals nach Inkrafttreten dieses Gesetzes kündbar sind". Zur Problematik des Art. 69 StrWG vgl. die Ausführungen im anschließenden Kapitel.

des Berechtigten nur durch den vergleichsweise weniger gewichtigen Akt der Umstufung, also nur durch ein behördliches Tun und nicht durch einen Akt des Gesetzgebers, eingegriffen wird.

Die Kündbarkeit der früheren Vereinbarung richtet sich nach ihren Kündigungsbestimmungen, bei Fehlen solcher Bestimmungen nach den Vorschriften des BGB, also insbesondere nach § 565, 595 oder 604 BGB.

Kraft seiner hoheitlichen Stellung steht es dem Träger der Straßenbaulast in diesen Fällen offen, das Nutzungsrechtsverhältnis unter Hinweis auf die Aufstufung nur unter der Bedingung fortzuführen, daß der Berechtigte in die öffentlichrechtliche Gestaltung einwilligt. Ein Anspruch des Berechtigten auf eine öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis ist nicht anzuerkennen, weil er durch die Kündigung wegen Änderung der Gesetzeslage nicht anders betroffen ist als durch jede sonstige fristgerechte Kündigung. Seine Rechtsposition wird also durch die Umwandlung in ein öffentlichrechtliches Nutzungsverhältnis nicht geschmälert.

bb) Die Nutzung ist gemeinverträglich.

Ist die Nutzung gemeinverträglich, so wird die bürgerlichrechtliche Natur des Benütungsverhältnisses durch die Aufstufung der Straße nicht berührt. Die Bestimmungen des Nutzungsvertrages bleiben auch in Zukunft maßgebend, da sie der Vorschrift des Art. 22 Abs. 1 StrWG entsprechen.

b) Der Träger der Straßenbaulast wechselt.

aa) Die Nutzung ist gemeinschädlich.

Ogleich in das Nutzungsrechtsverhältnis ein neues Rechtssubjekt eintritt, kann durch den Verwaltungsakt der Aufstufung nicht unmittelbar in die privatrechtliche Position

des Nutzungsberechtigten eingegriffen werden. Daher ist die Umwandlung des Nutzungsrechtsverhältnisses ebenfalls erst im Zeitpunkt der erstmaligen Kündbarkeit des Vertrages möglich. Der neue Wegeherr hat das bürgerlichrechtliche Nutzungsverhältnis bis zur Kündbarkeit des Vertrages hinzunehmen. Da er auch der Wegeeigentümer ist, tritt er mit der Aufstufung in das bestehende Nutzungsrechtsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten ein. Ist der Vertrag gekündigt, so hat er nach den Vorschriften des StrWG zu prüfen, ob die Nutzung weiterhin erlaubt werden kann. Der Berechtigte hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis aus dem früheren Nutzungsvertrag, da seine Rechte durch die fristgerechte Kündigung nicht beeinträchtigt werden.

bb) Die Nutzung ist gemeinverträglich.

Ist die Nutzung gemeinverträglich, so ist sie weiterhin durch bürgerlichrechtlichen Vertrag zu gestatten. Die sich aus dem Wechsel des Eigentums ergebenden Rechtsfolgen regeln sich nach den Vorschriften des § 571 Abs. 1¹⁾ oder § 581 Abs. 2 BGB²⁾, nach denen ein Miet- oder Pachtverhältnis durch die Veräußerung des Grundstückes nicht berührt wird³⁾⁴⁾. Dies gilt, obwohl es sich hier nicht um die Veräußerung, sondern um den Eigentumsübergang kraft Gesetzes handelt; denn die genannten Vorschriften beziehen sich auch auf veräußerungsähnliche Fälle. Sie gelten nur dann nicht, wenn dem bisherigen Eigentümer das Eigentum durch Enteignung entzogen wurde⁵⁾.

1) § 571 Abs. 1 BGB lautet: "Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein".

2) Nach § 581 Abs. 2 BGB ist § 571 BGB auf die Pacht entsprechend anwendbar.

3) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 11 RdNr. 16.

4) War die Nutzung dinglich gesichert, wird sie vom Eigentumswechsel ohnehin nicht berührt; vgl. auch Sieder-Zeitler Art. 11 RdNr. 15.

5) Vgl. Staudinger § 571 BGB RdNr. 15, Palandt § 571 BGB Anm. 2 B c).

3.) Probleme bei der Abstufung einer Straße in eine Klasse der sonstigen öffentlichen Straßen.

Ähnliche Umwandlungsfragen ergeben sich bei der Abstufung einer öffentlichen Straße zu einer sonstigen öffentlichen Straße¹⁾. Bisher öffentlichrechtliche Nutzungen werden bürgerlichrechtlich. Es tauchen hier Fragen auf, die auch bei der Überleitung früherer öffentlichrechtlicher Nutzungen an sonstigen öffentlichen Straßen auf die neue Rechtslage nach dem StrWG aktuell werden. Daher sollen diese Probleme im Zusammenhang mit der Untersuchung der Übergangsregelung des StrWG im anschließenden Kapitel erörtert werden.

4.) Die Vorschrift des Art. 56 Abs. 2 zweiter Halbsatz.

Für Gemeinden enthält Art. 56 Abs. 2 zweiter Halbsatz StrWG eine Erleichterung bei der Gestaltung von Nutzungsrechtsverhältnissen an sonstigen öffentlichen Straßen: durch Gemeindegatsatzung können die Rechtsverhältnisse an denjenigen sonstigen öffentlichen Straßen geregelt werden, die in der Baulast der Gemeinde stehen²⁾. Insbesondere für die ausgebauten öffentlichen Feld- und Waldwege sowie für die beschränkt-öffentlichen Wege können daher durch Satzung detaillierte Bestimmungen über den Fortbestand von Nutzungen getroffen werden, wenn solche Wege zu Straßen außerhalb der Klasse der sonstigen öffentlichen Straßen aufgestuft oder eine Straße zu einem Feld- und Waldweg oder zu einem beschränkt-öffentlichen Weg abgestuft wird.

1) Sieder-Zeitler vertreten für diesen Fall bei Art. 18 RdNr. 32 die Auffassung, eine öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis wandle sich automatisch in einen bürgerlichrechtlichen Titel um. Im Hinblick auf die Rechtsnatur der Benutzung erscheint dies bedenklich. Siehe hierzu unten S. 172 ff.

2) Siehe oben S. 137 .

5.) Zusammenfassung.

So ergibt sich eine Lösung, die den Interessen der Nutzungsberechtigten wie auch der Allgemeinheit und des Wegeherrn gerecht wird. Obwohl ein Berechtigter nach der Kündigung des Gestattungsvertrages keinen Rechtsanspruch auf Fortsetzung des Nutzungsrechtsverhältnisses in irgendeiner Form hat, ist in aller Regel seine Rechtsposition nicht, wie Sieder¹⁾ meint, weitgehend entwertet²⁾. Seine Rechte werden nur in den seltenen Fällen beeinträchtigt, in denen der Nutzungsvertrag unkündbar war und wegen der Gemeinschädlichkeit der Nutzung jetzt nur noch eine Erlaubnis auf Zeit oder Widerruf erteilt werden kann.

IV. Abschließende Bemerkungen.

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß die Zuordnung der Nutzungsrechtsverhältnisse an sonstigen öffentlichen Straßen zum bürgerlichen Recht eine Reihe von Zweifelsfragen und Schwierigkeiten mit sich bringt. Die Zweckmäßigkeitserwägungen, die zu dieser Regelung führten, komplizieren das Recht der öffentlichen Wege. Hätte man auch die sonstigen öffentlichen Straßen den allgemeinen Regeln des Gesetzes unterstellt, so wäre das Wegerecht auch in der Praxis einfacher zu handhaben. Einen ersten Schritt zur Angleichung des Rechts der sonstigen öffentlichen Straßen hat das zweite StrWändG getan. Art. 11 und 13 StrWG sind nunmehr auch auf die sonstigen öffentlichen Straßen anwendbar. Da nunmehr öffentliche Wegeherrschaft und privates Wegeigentum derselben Rechtspersönlichkeit zustehen, hat sich bereits mancher Streitpunkt erledigt.

1) In Sieder-Zeitler Art. 69 RdNr. 2.

2) Daher ist es nicht notwendig, den Berechtigten auf Ersatzansprüche gegen den früheren Wegeeigentümer wegen Unmöglichkeit der Leistung (§§ 320 ff. BGB) zu verweisen. Dem Berechtigten wäre damit nicht viel geholfen, weil der Wegeeigentümer nach § 323 BGB von der Leistung frei geworden ist. Er hatte die Unmöglichkeit nicht zu vertreten.

Die Einteilung der Nutzungen an sonstigen öffentlichen Straßen je nach ihrer Funktionsbezogenheit vermag auch hier klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Ob beispielsweise eine Verkehrsnutzung, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, auf einem öffentlichen Feld- und Waldweg oder auf einer Kreisstraße stattfindet, macht wegerechtlich keinen Unterschied. In jedem Falle bezieht sich die Nutzung auf die besonderen und einzigartigen Eigenschaften des Weges und ist daher, wie auch Haas¹⁾ fordert, dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

1) Die öffentlichen Sachen, DVBl. 1963/653.

S e c h s t e s K a p i t e l

DIE ÜBERGANGSREGELUNG FÜR NUTZUNGEN AN ÖFFENTLICHEN STRASSEN.

Das StrWG hat trotz der in den vorstehenden Kapiteln aufgezeigten Schwächen eine beachtenswerte und klärende Fortentwicklung des bisherigen bayerischen Wegerechts gebracht. Es enthält zumindest den Versuch einer klaren Scheidung der öffentlichrechtlichen Nutzungserlaubnis von den bürgerlichrechtlichen Nutzungsverträgen¹⁾. Die Neuordnung des Sondernutzungsrechts hatte allerdings zur Folge, daß manches Nutzungsverhältnis den neuen Vorschriften nicht mehr entsprach und daher angepaßt werden mußte. Diesem Zweck dient Art. 69 StrWG.

I. Allgemeines.

Art. 69 Abs. 1 StrWG erfaßt die von früher her bestehenden u n w i d e r r u f l i c h e n Nutzungsrechte an öffentlichen Straßen ohne Rücksicht darauf, ob sie durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung oder durch öffentlichrechtlichen Erlaubnisakt eingeräumt worden waren. In Ergänzung hierzu leitet Abs. 2 w i d e r r u f l i c h e Nutzungen über, die auf bürgerlichrechtlichen Verträgen beruhen, heute aber nach Art. 18 oder 19 StrWG nur noch durch öffentlichrechtliche Erlaubnis auf Zeit oder Widerruf gestattet werden können. Art. 69 Abs. 2 StrWG ist in zweifacher Hinsicht begrenzt:

- 1.) Er gilt nicht für widerrufliche oder befristete Nutzungen, die früher durch öffentlichrechtliche Erlaubnis gestattet wurden.
- 2.) Er ist nicht anwendbar für die Überleitung von durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung eingeräumten Dauernutzungsrechten.

1) So Spanner, Grenzen, S. 13.

Die zuerst genannte Einschränkung offenbart eine Lücke im Gesetz; denn das StrWG enthält keine Bestimmung für die Überleitung widerruflicher öffentlichrechtlicher Nutzungen. Es wird Aufgabe der weiteren Ausführungen sein, zu untersuchen, ob die Lücke sachliche Gründe hat, ferner, wie sie geschlossen werden kann.

Die zweite Einschränkung folgt aus Art. 69 Abs. 1 StrWG. Das Gesetz kennt nur noch widerrufliche Benützungen einer öffentlichen Straße. Da die damit verbundene notwendige Aufhebung alter Dauerrechte die Frage der Entschädigung aktuell werden läßt, bedurfte es einer besonderen Überleitungsvorschrift.

Art. 69 Abs. 3 StrWG befaßt sich schließlich mit den bisherigen Nutzungen an Baumpflanzungen.

II. Die Regelung des Art. 69 Abs. 1 StrWG.

Das unwiderrufliche Recht zur Benützung einer öffentlichen Straße konnte vor Inkrafttreten des Gesetzes durch bürgerlichrechtliche Vereinbarung oder durch öffentlichrechtliche Nutzungsverleihung eingeräumt werden. Art. 69 Abs. 1 StrWG¹⁾ erfaßt beide Arten von Nutzungsrechten²⁾; ihre Überleitung ist gesondert darzustellen.

1.) Das Dauerrecht kraft bürgerlichen Rechts.

Wurde dem Berechtigten vor Inkrafttreten des Gesetzes durch bürgerlichrechtlichen Vertrag eine dauerhafte Rechtsposition eingeräumt, so besteht das Recht auch nach dem 1. 9. 1958 fort. Der jetzige Wegeherr hat es zunächst gegen sich gelten zu lassen; das Recht ist mit dem

1) Inhaltlich gleich sind: § 63 Abs. 1 Satz 3 BWStrG, § 52 Abs. 7 Satz 1 HessStrG, § 66 Abs. 1 Satz 1 NdsStrG, § 64 Abs. 1 Satz 1 NRWStrG, § 58 Abs. 1 RPLStrG, § 62 Abs. 1 SHStrWG und § 65 Abs. 1 SaarlndStrG.

2) Ebenso Sieder-Zeitler Art. 69 RdNr. 6.

Inkrafttreten des StrWG nicht automatisch erloschen. Der Wegeherr hat jedoch zu prüfen, ob es den Gemeingebrauch Dritter beeinträchtigen kann. Ist eine potentielle oder gar aktuelle Beeinträchtigung festzustellen, so folgt aus Art. 69 Abs. 1: das Recht kann durch Enteignung entzogen werden¹⁾. Art. 69 Abs. 1 schreibt den Entzug des Nutzungsrechts nicht zwingend vor. Der Träger der Straßenbaulast hat vielmehr im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Dem öffentlichen Interesse am ungestörten Gebrauch der Straße durch jedermann steht das Interesse des Berechtigten am Fortbestand des Rechts gegenüber. Stellt sich die Beeinträchtigung nur als ganz geringfügig oder gar als nur potentiell dar, so wird das Interesse des Berechtigten an der Aufrechterhaltung des Rechts überwiegen, so daß der Wegeherr nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Enteignung oder einem Rechtsentzug durch Vereinbarung absehen kann. Nur bei erheblichen Beeinträchtigungen wird es das Interesse an der Aufrechterhaltung des Gemeingebrauches rechtfertigen, den Berechtigten zu enteignen und öffentliche Mittel zu seiner Entschädigung zu verwenden. In jedem Falle hat aber der Wegeherr zu prüfen, ob das Recht nicht wenigstens als Sondernutzung nach Art. 18 StrWG auf Zeit oder Widerruf, gegebenenfalls unter Hinzufügung von Bedingungen oder Auflagen, erhalten bleiben kann.

2.) Das Dauerrecht kraft öffentlichen Rechts.

Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes konnte die Benutzung der Straße kraft öffentlichen Rechts durch Gebrauchserlaubnis

1) Die Durchführung der Enteignung richtet sich nach Art. 40 StrWG. Soweit diese Vorschrift eine Frage nicht regelt, kann zur Ergänzung auf die Enteignungsvorschriften des Zwangsabtretungsgesetzes vom 17. 11. 1837 (BayBS I S. 203), des Gesetzes über die Enteignung aus Gründen des Gemeinwohles vom 1. 8. 1933 (BayBS I S. 207) und des Ausführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung und Konkursordnung vom 23. 2. 1879 (BayBS III S. 143) zurückgegriffen werden: Art. 40 Abs. 5 StrWG.

oder durch Nutzungsverleihung gestattet werden. Die schlichte Gebrauchserlaubnis gewährte die Befugnis, eine Straße in stets widerruflicher Weise zu benutzen. Ein Dauerrecht im Sinne des Art. 69 Abs. 1 StrWG bestand in diesem Falle nicht. Die Überleitung derartiger Nutzungen richtet sich daher nicht nach dieser Vorschrift, sondern folgt eigenen Regeln¹⁾. Die Nutzungsverleihung dagegen beinhaltete das "subjektive öffentliche Recht" auf Benützung der Straße, das zeitlich unbegrenzt sein konnte. Ein solches Recht kann nach Art. 69 Abs. 1 StrWG nur im Wege der Enteignung entzogen werden. Die Vorschrift bewegt sich damit im Rahmen der jetzt allgemeinen Meinung, daß auch öffentlichrechtliche Rechtspositionen enteignungsfähig sind, sofern sie nutzbare vermögenswerte Rechte gewähren²⁾. Ob das Nutzungsrecht zu entziehen ist, hat der Baulastträger nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wobei die unter Ziffer 1.) dargelegten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.

III. Die Regelung des Art. 69 Abs. 2 StrWG³⁾.

Art. 69 Abs. 2 StrWG erfaßt die bisher durch bürgerlich-rechtliche Verträge widerruflich gestatteten Nutzungen, die nunmehr gemäß Art. 18 oder 19 StrWG dem öffentlichen Recht unterstehen. Während gemeinverträgliche Nutzungen auch nach neuem Recht ihre bürgerlichrechtliche Rechtsform behalten, insoweit also durch das Inkrafttreten des Gesetzes keine Änderung eingetreten ist, vollzieht sich die Überleitung gemeinschädlicher Nutzungen nach folgenden Regeln:

Sie dürfen nur noch nach öffentlichem Recht gestattet werden. Unbeachtlich ist, ob sie früher gemeinverträglich

1) Siehe unten Ziffer IV.

2) Vgl. Sieder-Zeitler Art. 69 RdNr. 11, Forsthoff, Lehrbuch I, S. 314 f. mit weiteren Nachweisen.

3) Gleichlautend sind: § 63 Abs. 3 Satz 1 BWStrG, § 52 Abs. 9 HessStrG, § 66 Abs. 2 NdsStrG, § 64 Abs. 2 NRWStrG, § 58 Abs. 2 RPLStrG, § 65 Abs. 2 SaarlStrG und § 62 Abs. 2 SHStrWG.

waren oder nicht¹⁾; denn maßgeblich für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses ist die jetzt geltende Rechtsauffassung²⁾. Sie sollen jedoch auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ihren privatrechtlichen Charakter beibehalten, "da eine Umwandlung kraft Gesetzes mit seinem Inkrafttreten im Hinblick auf Art. 31 GG und das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausgesprochen werden kann"³⁾. Erst in dem Zeitpunkt, in dem die Nutzungsvereinbarungen erstmals nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gekündigt werden können, sollen sie als öffentlichrechtliche Nutzungen gelten. Nicht maßgeblich ist, ob die Vereinbarung tatsächlich gekündigt wird oder ob eine ausgesprochene Kündigung wirksam ist. Die Umwandlung ist bezogen auf den ersten Zeitpunkt nach dem 1. 9. 1958⁴⁾, in dem die Vertragspartner Einfluß auf die Gestaltung der Nutzungsvereinbarung nehmen können. Die Umwandlung in diesem Zeitpunkt kommt den Interessen der Beteiligten am besten entgegen.

Die praktische Bedeutung des Art. 69 Abs. 2 StrWG ist gering. Nach geltendem wie nach früherem Recht ist die aktuelle oder potentielle Beeinträchtigung des Gemeingebraches das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Sondernutzungen⁵⁾. Kann eine Nutzung den Gemeingebruch beeinträchtigen, ist sie öffentlichrechtlicher, andernfalls bürgerlichrechtlicher Natur. Ein echter Wandel in der Rechtsauffassung war also mit der Kodifizierung des Wegerechts insoweit nicht verbunden. Dieser Wandel hatte sich bereits wesentlich früher vollzogen⁶⁾. Das StrWG veränderte in den meisten Fällen

-
- 1) Ebenso im Ergebnis Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 68.
 - 2) Vgl. oben S. 159 und die dort unter Fußnote 2 angegebenen Quellen.
 - 3) So die Amtliche Begründung zu Art. 70 Abs. 2 des Entwurfes, der dem Art. 69 Abs. 2 des Gesetzes entspricht, Beilage 2832 S. 50.
 - 4) Das ist der Tag des Inkrafttretens des StrWG.
 - 5) Vgl. hierzu die schon zitierte grundlegende Entscheidung des BayVGh vom 18. 9. 1952 (BayBgm 1953/164), Sieder-Zeitler Art. 18 RdNr. 5, Zimniok Art. 18 Anm. 3 und 4 und Art. 50 Anm. 2 a).
 - 6) Siehe hierüber ausführlich oben S. 11 ff.

die Rechtsnatur einer Sondernutzung nicht, sondern schuf lediglich exakte Bestimmungen darüber, daß künftig eine öffentlichrechtliche Sondernutzung ihrer Rechtsnatur entsprechend auch nur durch öffentlichrechtlichen Erlaubnisakt und eine bürgerlichrechtliche Nutzung nur durch eine Privatrechtsvereinbarung einzuräumen ist¹⁾. Art. 69 Abs. 2 StrWG kann daher nur die Fälle erfassen, in denen die Rechtsform der Gestattung nicht mit der Rechtsnatur der Nutzung selbst übereinstimmt, sei es, daß mit zunehmender Verkehrsdichte eine früher gemeinverträgliche Nutzung gemeinschädlich wurde, sei es aus anderen Gründen.

IV. Die Überleitung früherer nach öffentlichem Recht widerruflich gestatteter Sondernutzungen.

Es wurde bereits erwähnt, daß das Gesetz für diese Fälle keine Überleitungsbestimmung enthält. Einer solchen bedurfte es nicht für Nutzungen, die auch nach dem StrWG öffentlichrechtlich erlaubt werden. Die Gesetzeslücke besteht nur für die Nutzungen, die nach dem StrWG als bürgerlichrechtliche fortgelten.

1.) Fälle, in denen weiterhin öffentliches Recht gilt.

Eine Nutzung auf Grund früherer Gebrauchserlaubnis wird durch das Inkrafttreten des Gesetzes nicht berührt. Ihre Aufhebbarkeit richtet sich nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts; d.h. bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes ist die Erlaubnis jederzeit widerrufbar²⁾. Der Widerruf ohne einen solchen Grund wäre rechtswidrig³⁾. Der Widerrufsgrund muß nicht wege- oder verkehrsrecht-

1) Leider ist dieser klare Grundsatz - wie wir gesehen haben - durch eine Reihe von Ausnahmeregeln durchbrochen.

2) Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, hier die Lehre über Widerruf und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte eingehend darzustellen. Hierzu sei auf die Lehrbücher von Forsthoff (S. 251 ff.) und Wolff (S. 313 ff.) verwiesen.

Forts. S. - 172 -

licher Natur sein, wenn er sich nur am öffentlichen Interesse orientiert. Das Inkrafttreten des StrWG allein stützt den Widerruf der Nutzungserlaubnis jedoch nicht¹⁾; hierdurch ist keine Änderung in den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen eingetreten, die einen Widerruf aus Gründen des Gemeinwohles rechtfertigen würde.

Bei gleichgebliebenen tatsächlichen Verhältnissen kann auch nicht der Fall eingetreten sein, daß die öffentlichrechtliche Nutzung mit den jetzigen Vorschriften nicht mehr im Einklang steht. Art. 18 und 22 Abs. 1 StrWG haben keine neue materielle Rechtslage geschaffen, sondern das bisherige ungeschriebene Recht mit nur geringfügigen Modifizierungen übernommen. Auch die Beurteilungsmaßstäbe für das bisher wie jetzt entscheidende Abgrenzungskriterium der Gemeinverträglichkeit²⁾ wurden durch das StrWG nicht geändert. Frühere widerruflich gestattete öffentlichrechtliche Nutzungen können sonach nicht unter Hinweis auf das Inkrafttreten des Gesetzes widerrufen werden.

2.) Die Fälle der Umwandlung.

Eine Umwandlung vormals öffentlichrechtlicher Benutzungsarten ist jedoch durch Art. 56 StrWG eingetreten. Nach dessen Abs. 1 können Nutzungen an sonstigen öffentlichen Straßen nur noch durch privatrechtliche Vereinbarungen eingeräumt werden. Das muß auch für die bei Inkrafttreten des Gesetzes

3) So die heute herrschende Meinung; vgl. für viele Forsthoff, Lehrbuch I, S. 255 ff., Wolff, Lehrbuch I, S. 316 und Eyer-
mann-Fröhler, VwGO, Anhang zu § 42 RdNr. 33 ff. Anders noch
Thoma, Gasröhrenkonzession, AöR 38/307, 354 und Bochalli,
Handbuch, S. 570.

1) Ebenso im Ergebnis Sieder-Zeitler Art. 69 RdNr. 6.

2) Anders war die Rechtslage außerhalb Bayerns. Dort kannte
man keine Sondernutzung nach bürgerlichem Recht; die Gemein-
verträglichkeit einer Nutzung spielte für deren rechtliche
Beurteilung keine Rolle.

bestehenden Nutzungsberechtigungen gelten. Aus dem Fehlen einer Überleitungsbestimmung kann nicht geschlossen werden, daß Art. 56 Abs. 1 StrWG Wirkung nur für die zukünftig zu gestattenden Nutzungen haben soll. Als Folge einer solchen Auffassung würde sich nämlich an den sonstigen öffentlichen Straßen ein Durcheinander von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Nutzungen einstellen; die Rechtsverhältnisse wären in unerträglichem Maße verwirrt.

Für die Überleitung öffentlichrechtlicher Benutzungen sonstiger öffentlicher Straßen sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

a) Das Rechtsschicksal des Erlaubnisaktes.

Die öffentlichrechtliche Benutzungserlaubnis gestattete für einen zukünftigen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum die Benützung des Weges. Da nunmehr kein Raum mehr ist für eine öffentlichrechtliche Regelung des Benutzungsverhältnisses, wird die Erlaubnis mit Inkrafttreten des Gesetzes rechtswidrig für die Zukunft; sie findet im Gesetz als einzig maßgeblicher Rechtsquelle keine Stütze mehr. Die Rechtswidrigkeit hat freilich nicht den automatischen Wegfall der Erlaubnis zur Folge; denn die Erlaubnis ist nicht nichtig geworden¹⁾. Ihr haftet nicht ein derart gravierender Fehler an, daß ihre Rechtswidrigkeit für jedermann offenkundig ist²⁾. Die Erlaubnis genießt vielmehr als Hoheitsakt solange den Rechtsschein der Rechtmäßigkeit, bis dieser Rechtsschein durch behördliche oder gerichtliche Entscheidung beseitigt wird³⁾. Der Berechtigte kann sich daher bis zur Rücknahme des Erlaubnisaktes auf die Rechtmäßigkeit seiner Nutzungserlaubnis berufen.

-
- 1) A. A. Sieder-Zeitler Art. 69 RdNr. 8 ohne nähere Begründung, Zimniok Art. 69 Anm. 6 b). Die Meinung Zimnioks stellt ausschließlich auf den formellen Rechtscharakter der Nutzung ab, nicht aber auf den entscheidenden materiellen Inhalt derselben.
- 2) Sog. Evidenztheorie; vgl. für viele Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 192.
- 3) Der Meinung Rzepkas, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Art. 69 Anm. II 2, die Gebrauchserlaubnis erlösche automatisch, kann nicht gefolgt werden.

Er hat jedoch keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung der Erlaubnis. Ein Anspruch auf Beibehaltung eines rechtswidrigen Zustandes besteht nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich nicht. Im öffentlichrechtlichen Bereich werden Ausnahmen bei begünstigenden Verwaltungsakten nur dann anerkannt, wenn der Vergleich der beiden hier maßgeblichen Rechtsgüter mit Verfassungsrang¹⁾, nämlich auf der einen Seite der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG), auf der anderen Seite der Grundsatz der Rechtssicherheit, zugunsten des letzteren ausfällt²⁾. Dies trifft bei der Rücknahme eines Verwaltungsaktes für die Zukunft nur dann zu, wenn die Rechtswidrigkeit nicht erkennbar war, der Erlaß des Verwaltungsaktes vom Begünstigten nicht schuldhaft herbeigeführt wurde und dieser sich durch Vermögensdispositionen auf dessen Bestand eingerichtet hat³⁾. Diese kumulativ zu fordernden Voraussetzungen liegen in den beschriebenen Fällen der Umwandlung von Nutzungsverhältnissen an sonstigen öffentlichen Straßen nicht vor; denn spätestens mit dem Inkrafttreten des Gesetzes mußte dem Berechtigten bekanntwerden, daß seine Nutzung durch das Gesetz nicht mehr gedeckt ist. Wenn er dennoch auf den Bestand der Erlaubnis vertraut, so ist dieses Vertrauen nicht mehr so schutzwürdig, daß demgegenüber der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurückzutreten hätte. Für den Vorrang dieses Grundsatzes spricht außerdem, daß der Berechtigte, wie wir anschließend sehen werden, keinen völligen Rechtsverlust hinzunehmen braucht.

b) Rechtsfolgen der Rücknahme des Erlaubnisaktes.

Die Rücknahme der Nutzungserlaubnis läßt die Rechtsposition des Berechtigten nicht ersatzlos wegfallen. Ein sachlicher

1) So BVerfG, Beschluß vom 12. 12. 1957 (BVerfGE 7/194, 196).
2) Vgl. hierzu vor allem die Entscheidungen des BVerwG vom 12. 5. 1960 (NJW 1960/1487) und vom 8. 11. 1963 (DVB1. 1964/751).
3) So BVerwG in den beiden genannten Entscheidungen.

Grund, der die Aufhebung der Erlaubnis wegen veränderter tatsächlicher Verhältnisse an der Straße rechtfertigen würde, liegt nicht vor. Die allein durch die Änderung der Gesetzeslage eingetretene Rechtswidrigkeit der Erlaubnis hat der Berechtigte nicht zu vertreten; ihm soll hieraus kein Rechtsnachteil entstehen, ohne daß er dafür ein Äquivalent erhält. Fraglich ist jedoch, ob der Berechtigte entsprechend der Regelung des Art. 69 Abs. 1 StrWG einen Entschädigungsanspruch hat, ob sich seine Rechtsposition automatisch in eine solche des bürgerlichen Rechts umgewandelt hat oder ob ihm nur ein Anspruch gegen den Wegeeigentümer, bzw. den, der dessen Befugnisse wahrnimmt, auf Einräumung einer gleichartigen bürgerlichrechtlichen Position zusteht.

aa) Keine entsprechende Anwendung des Art. 69 Abs. 1 StrWG.

Die von Art. 69 Abs. 1 StrWG erfaßten Dauernutzungsrechte kraft Nutzungsverleihung unterscheiden sich von den schlichten Nutzungen auf Grund Gebrauchserlaubnis in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen derart grundlegend, daß von ähnlichen Rechtsbeziehungen, die eine analoge Anwendung der Enteignungsregelung des Abs. 1 rechtfertigen würden, nicht gesprochen werden kann.

bb) Keine automatische Umwandlung in eine bürgerlichrechtliche Nutzung.

Eine automatische Umwandlung in ein bürgerlichrechtliches Nutzungsrecht tritt nicht ein. Die Rechtswirkungen eines Verwaltungsaktes, der einen anderen Verwaltungsakt aufhebt, beschränken sich darauf, die Position, die der aufgehobene Verwaltungsakt dem Berechtigten verliehen hatte, zu beseitigen. Weitergehende Wirkungen hat er nicht. Zwar kennt die Verwaltungsrechtswissenschaft den Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes¹⁾, doch um einen solchen handelt es sich hier nicht. Der privatrechtsgestaltende

1) Vgl. hierzu z. B. Forsthoff, Lehrbuch I S. 260 mit weiteren Nachweisen, Wolff, Lehrbuch I S. 311.

Verwaltungsakt ergeht, d a m i t ein bürgerlichrechtliches Rechtsverhältnis begründet wird¹⁾. Sein Erlaß ist von vornherein auf diese Wirkung abgestellt; diese ist nicht nur erwünschte oder unerwünschte Nebenfolge. Der Widerruf der Benutzungserlaubnis soll eine solche privatrechtsgestaltende Wirkung nicht haben.

cc) Anspruch gegen den Wegeeigentümer auf Abschluß einer bürgerlichrechtlichen Nutzungsvereinbarung.

Da einerseits die Nutzung jetzt nur noch als bürgerlichrechtliche Sondernutzung zulässig ist, andererseits die Rücknahme der Erlaubnis nicht zu einem ersatzlosen Wegfall der Position des Berechtigten führen kann, ist diesem ein Anspruch gegen den Wegeeigentümer auf Abschluß einer privatrechtlichen Vereinbarung über die Benützung der Straße mit denselben Bedingungen und Einschränkungen, die vorher der öffentlichrechtlichen Erlaubnis anhafteten, zuzubilligen. Wenn sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit nicht geändert haben, hat der Wegeeigentümer die Verpflichtung, die Nutzung zu gestatten²⁾.

3.) Ähnliche Fälle.

Die vorstehenden Überlegungen sind auch maßgeblich, wenn eine öffentliche Straße in die Klasse einer sonstigen öffentlichen Straße abgestuft wird. Auch hier kann eine vormals öffentlichrechtliche Nutzung nur noch in den Formen des Privatrechts weitererlaubt werden.

-
- 1) Den gesetzlichen Fall eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes enthielt § 16 des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes in der Fassung des Art. X § 6 des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 389). Die dort verankerte Mietverfügung, durch die die Wohnungsbehörde einem Wohnungssuchenden eine Wohnung zuwies, hatte die Wirkung eines Mietvertrages.
- 2) Ebenso im Ergebnis Rzepka, Bayerisches Straßen- und Wegerecht, Art. 69 Anm. II 2.

V. Die Nutzungen an Baumpflanzungen.

Gemäß Art. 69 Abs. 3 StrWG¹⁾ gelten für Nutzungen an Baumpflanzungen, die nach § 3 Abs. 2 des Straßenneuregelungsgesetzes vom 26. 3. 1934²⁾ eingeräumt worden waren, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Das zitierte Gesetz betrachtete die Baumnutzung als Teil der Befugnisse aus dem bürgerlichrechtlichen Wegeeigentum³⁾. Diese Auffassung entspricht der absolut herrschenden Meinung⁴⁾. Nur der BGH hat sich in der vereinzelt gebliebenen Entscheidung vom 29. 1. 1954⁵⁾ auf den Standpunkt gestellt, es handle sich um eine Nutzung öffentlichrechtlicher Art.

Nach der Systematik des StrWG entscheidet die Gemeinverträglichkeit darüber, ob die Baumnutzung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Art. 69 Abs. 3 StrWG weicht insofern von diesem Grundsatz ab, als er unterstellt, Baumnutzungen könnten den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. Es ist jedoch eine Erfahrungstatsache, daß von den Bäumen Äste, Zweige oder Früchte auf die Fahrbahn fallen können. Hierdurch kann der Verkehr behindert werden. In solchen Fällen hat die Baumnutzung öffentlichrechtlichen Charakter⁶⁾.

-
- 1) Gleichlautend sind: § 63 Abs. 4 BWStrG, § 66 Abs. 3 NdsStrG und § 58 Abs. 3 RPLStrG. Nach § 52 Abs. 10 Satz 1 HessStrG sind Nutzungen an Baumpflanzungen öffentlichrechtliche Sondernutzungen. Die übrigen Landesstraßengesetze enthalten keine Vorschriften über Baumnutzungen.
 - 2) RGBl. I S. 243.
 - 3) § 3 Abs. 2 des Gesetzes lautet: "Die Nutzung der Baumpflanzungen und deren Pflege kann auf Antrag den bisherigen Eigentümern und Nutzungsberechtigten überlassen werden, wenn diese nicht Träger der Straßenbaulast waren".
 - 4) Vgl. für viele Fleiner, Institutionen, S. 359, Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung Heft 11 S. 9.
 - 5) NJW 1954/597; siehe zu dem Urteil oben S. 60 Fußnote 1.
 - 6) Hierbei spielt keine Rolle, daß die Bäume nach Art. 2 Nr. 3 StrWG Straßenzubehör sind (anders nach früherem Recht; vgl. Sieder-Zeitler Art. 2 RdNr. 22), mithin die Beeinträchtigung des Gemeingebrauches von einem Straßenbestandteil ausgeht.

Da das Gesetz jedoch - insoweit systemwidrig - die Anwendung bürgerlichen Rechts vorschreibt, sind solche öffentlichrechtlichen Baumnutzungen nach den in Ziffer IV dieses Kapitels dargestellten Grundsätzen überzuleiten. Ist die Baumnutzung gemeinverträglich, so treten Umwandlungsprobleme aus der Überleitung nicht auf¹⁾, da derartige Nutzungen auch bisher allgemein durch bürgerlichrechtliche Vereinbarungen gestattet worden waren.

1) Die Amtliche Begründung zu Art. 70 Abs. 3 des Entwurfes, der dem Art. 69 Abs. 3 des Gesetzes entspricht (Beilage 2832 S. 50) motiviert daher die Vorschrift auch nur damit, daß sie im Hinblick auf die zitierte Entscheidung des BGH der Klarstellung diene.

S C H L U S S B E M E R K U N G E N .

Die vorstehenden Untersuchungen haben sich mit Vorschriften befaßt, die wegerechtliche Fragen teils dem öffentlichen, teils dem bürgerlichen Recht zuordnen. Wir haben gesehen, daß der Gesetzgeber nicht stets die Rechtsform gewählt hat, die einem Rechtsgebiet seinem materiellen Gehalt nach zukommen müßte. Sowohl innerhalb der bayerischen Regelung als auch in der Gesamtschau der wegerechtlichen Regelung des Bundes und der Länder auf dem Gebiet der Sondernutzungen zeigen sich in dieser Hinsicht Unterschiede. Zweckmäßigkeitserwägungen¹⁾ und Unterschiede in der Auffassung über das rechtliche Wesen der Straße als öffentliche Sache im Gemeingebrauch²⁾ führen zu diesen Ungleichheiten.

Um die Untersuchungen in einem übersichtlichen Rahmen zu halten, wurde stets davon ausgegangen, daß alle erwähnten Vorschriften mit dem Grundgesetz und überkonstitutionellen Rechtsgrundsätzen im Einklang stehen³⁾. Dennoch öffnet sich bei einer abschließenden Betrachtung der Ausblick auf ein neues Problem, dessen Lösung hier freilich nur andeutungsweise skizziert werden kann, nämlich, ob es dem Gesetzgeber gestattet ist, nach seinem Belieben eine Rechtsmaterie dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuweisen.

Die Vorfrage, die sich hierbei stellt, lautet: Können neben den Parlamenten des Bundes und der Länder auch die Gebietskörperschaften als Gesetzgeber apostrophiert werden, wenn sie von ihrer Befugnis, örtliche Rechtsvorschriften zu erlassen, Gebrauch machen? Wenn diese Frage auch zu verneinen ist - die Gebietskörperschaften üben auch insoweit Verwaltungstätigkeit aus - ,

1) Z. B. beim Recht der Versorgungswirtschaft oder beim Recht der sonstigen öffentlichen Straßen.

2) So z. B. in der Regelung des HambWG.

3) Mit Fragen der Verfassungsmäßigkeit wegerechtlicher Normen befassen sich näher Lütke, Gemeingebrauch und Sondernutzungen nach hamburgischem Wegerecht, S. 117 ff. und Schmidt-Bens, Verfassungsrechtliche Prüfung, S. 76 ff.

so müßten sie doch aus systematischen Gründen in den Kreis der Betrachtungen einbezogen werden.

Das eigentliche Problem stellt sich nach zwei Seiten:

1.) Vereinbarkeit mit der Verteilung der Gesetzgebungs-
kompetenz nach dem Grundgesetz.

Nach dem GG teilen sich Bund und Länder die Gesetzgebungsbefugnis. Von den Rechtsgebieten Öffentliches Recht und Privatrecht ist nur letzteres in Art. 74 Nr. 1 GG ausdrücklich erwähnt. Der Komplex Öffentliches Recht ist als Gesetzgebungsmaterie in Art. 70 bis 75 GG nicht geschlossen und ausdrücklich genannt; vielmehr sind Teilgebiete hiervon dem Bundesgesetzgeber und Teilgebiete der Kompetenz der Landesgesetzgeber zugewiesen.

Das bürgerliche Recht ist Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Obwohl das GG in Art. 70 Abs. 1 von der grundsätzlichen Gesetzgebungsbefugnis der Länder ausgeht, ist dieser Grundsatz für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung durch Art. 72 GG praktisch ins Gegenteil verkehrt. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift hat der Bund in diesem Bereich das Recht zur Gesetzgebung, soweit aus verschiedenen Gründen ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht. Dieses Bedürfnis ist aus Gründen der Rechtseinheit in aller Regel zu bejahen. Der Bund könnte sonach durch die Zuweisung einer Materie an das bürgerliche Recht seine eigene Gesetzgebungskompetenz mit dem Hinweis auf das Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung begründen und Länderkompetenzen einengen. Daraus folgt, daß es dem Bundesgesetzgeber nicht gestattet sein sollte, ein Rechtsgebiet entgegen seinem materiellen Gehalt dem bürgerlichen Recht zuzuordnen.

2.) Schranken aus der Struktur unserer Rechtsordnung.

Jeder Gesetzgeber ist an Prinzipien grundsätzlicher rechtsdogmatischer Art gebunden. Es ist ihm verwehrt, "über in der Struktur der geltenden Rechtsordnung wurzelnde Elementarsätze nach seinem Gutdünken zu verfügen, er kann öffentlichrechtliche, d. h. im Interesse der Allgemeinheit begründete Zuständigkeiten nicht ausschalten und dafür eine bürgerlichrechtliche Ordnung setzen"¹⁾.

Dies gilt ohne Einschränkung zunächst für solche Materien, die der Natur der Sache nach öffentlichrechtlich sind. Hierzu zählt z. B. das Recht der öffentlichen Bediensteten. Es ist schlechthin unmöglich, ein Beamtenverhältnis durch Privatdienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB zu begründen. Wer nicht durch öffentlichrechtliche Bestellung in den Staatsdienst berufen wird, ist kein Beamter. Er kann zwar dieselbe Arbeit leisten, ihn treffen aber niemals die Rechtsfolgen eines Beamtenverhältnisses, wie z. B. die besondere Treuepflicht des Beamten gegenüber dem Dienstherrn oder dessen Pflicht zur Alimentation des Beamten. Gleiches gilt beispielsweise für die Enteignung. Eine an ihre Stelle tretende bürgerlichrechtliche Vereinbarung kann zwar zum selben rechtlichen und wirtschaftlichen Ergebnis führen, ihr fehlt aber das Charakteristische der Enteignung, der Zwangseingriff²⁾.

Die genannte Einschränkung muß aber auch dort gelten, wo die zu regelnde Materie die Grenzgebiete von öffentlichem

1) Vgl. Schack, Das rechtliche Wesen, VerwArch 54/43, 65 und die dort bei Fußnote 124 angegebenen Quellen.

2) Den "Zwangskauf", der unter der Herrschaft der Fiskustheorie konstruiert wurde, gibt es nicht; vgl. Forsthoff, Lehrbuch I, S. 28.

und privatem Recht berührt. Der Gesetzgeber ist gewissen Fundamentalgrundsätzen, zu denen nach unserer Rechtsordnung die Unterteilung in öffentliches und bürgerliches Recht gehört, unterworfen.

Nur bei Mischtatbeständen, bei denen die strenge Einordnung der Materie in öffentliches oder bürgerliches Recht ein geschlossenes Rechtsgebiet zerreißen würde, wird wohl ein gewisser Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers derart anzuerkennen sein, daß das Rechtsgebiet formell ganz dem öffentlichen o d e r dem bürgerlichen Recht eingeordnet wird, je nachdem, welcher Rechtskreis dominiert. In solchen Fällen hat der Gesetzgeber jedoch besonderes Augenmerk darauf zu verwenden, daß die - teilweise systemwidrige - Einordnung nicht zu Rechtsnachteilen für die Beteiligten führt¹⁾. Er hat hier eine gewisse "ehrlische Gesinnung" an den Tag zu legen. Beispielsweise wird die Grenze der Zulässigkeit des Abschlusses von bürgerlichrechtlichen Verträgen schon weit vor der Schranke des § 138 BGB zu ziehen sein²⁾. Wo diese Grenze im wegerechtlichen Sondernutzungsrecht verläuft, wurde in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt.

-
- 1) Beispiel einer derartigen Benachteiligung wäre die unterschiedliche Verjährung von Ersatzansprüchen nach bürgerlichem und öffentlichem Recht.
 - 2) Bullinger, Die Mineralölföhrnleitungen, S. 43 bis 44, hält das Wahlrecht des Gesetzgebers offenbar für weitgehend zulässig, wenn er ausführt: "Soweit diese Privatisierungstendenz gesetzlich verankert ist, läßt sich mit rechtstheoretischen Erwägungen nichts dagegen ausrichten".

L e b e n s l a u f .

Am 14. September 1938 wurde ich als zweites Kind des Diplom-Kaufmannes und Diplom-Handelslehrers Georg Beißwanger und seiner Ehefrau Cajetana, geb. Schrenk, in Nürnberg geboren.

Dem vierjährigen Besuch der Volksschule in Eschenau (Mittelfranken) und Nürnberg schloß sich die neun-jährige Ausbildung zur Hochschulreife am Realgymnasium Nürnberg an, das ich nach Ablegung der Reifeprüfung im Juli 1957 verließ.

Das Studium der Rechtswissenschaften begann ich im Wintersemester 1957/58 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Dort legte ich im Frühjahr 1962 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Im Sommer 1966 unterzog ich mich der zweiten juristischen Staatsprüfung. Vom Dezember desselben Jahres bis März 1970 war ich als Finanzassessor und Regierungsrat im höheren Dienst der Bayerischen Finanzverwaltung, zuletzt bei der Oberfinanzdirektion Nürnberg, tätig. Derzeit betreibe ich meine Zulassung als Rechtsanwalt.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990
